

De l'intime conviction du juge

Vers une théorie scientifique de la preuve
en matière criminelle

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 18 décembre 1942 à 14 heures

PAR

Aly A. RACHED

JURY

Président : M. L. HUGUENEY.

*Suffragants : { M. DONNEDIEU DE VABRES.
 { M. LE BALLE.*

PARIS

ÉDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1942

De l'intime conviction du juge



Digitized by the Internet Archive
in 2026

De l'intime conviction du juge

Vers une théorie scientifique de la preuve
en matière criminelle

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 18 décembre 1942 à 14 heures

PAR

Aly A. RACHED

JURY

Président : M. L. HUGUENÉY.

Suffragants : { M. DONNEDIEU DE VABRES.
 { M. LE BALLE.

PARIS

ÉDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

- I. — La certitude du juge seul fondement de la justice humaine.
 - II. — La certitude comme base de la vérité en justice.
 - III. — Le système ou régime des preuves est destiné à résoudre le problème de la certitude judiciaire. Ce que signifie un *système* ou un *régime des preuves*.
 - IV. — Importance variable du système des preuves selon la phase du procès-pénal.
 - V. — Le système des preuves ne s'occupe que du point de fait. L'intérêt particulier que présente la question de la culpabilité au point de vue qui nous occupe.
 - VI. — Objet et caractère de notre étude : étude juridique du système de la preuve *par l'intime conviction du juge*.
 - VII. — Plan général de l'ouvrage.
-

I. — Le but suprême de toutes les lois de procédure, de tous les efforts du juge est d'atteindre la vérité qui fait l'objet d'un procès en justice, afin d'en tirer les conséquences légales logiques contenues dans ce que nous appelons, d'une façon générale, le *jugement*.

Mais avant de formuler son jugement, le juge doit avoir obtenu une vérité certaine. C'est là un précepte naturel qui guide normalement tout honnête homme, dans les décisions qu'il est constamment appelé à prendre, au cours des divers incidents de sa vie domestique. Et il est évident que le juge, appelé par son office à décider du sort des biens d'autrui les plus précieux, doit à plus forte raison n'avoir d'autre guide que ce même principe.

Chacun de nous est en effet en droit de s'attendre à ce que le juge — affranchi bien entendu de l'aveuglement des passions, des aberrations de la conscience ou des égarements de la raison — ne prononce jamais sa sentence, qui peut parfois entraîner la mort, sans l'avoir fondée sur la base solide d'une certitude indubitable. C'est notre suprême garantie contre des jugements devant lesquels nous ne faisons et nous ne pouvons que nous incliner. C'est par là même le fondement de toute la justice humaine.

Dans le domaine de la justice criminelle qui nous occupera principalement, ce fondement ou cette garantie — c'est-à-dire le fait pour le juge de baser ses décisions sur une certitude — prend une gravité et une importance toutes particulières. Car, à quoi se réduit, en fin de compte, la vérité dans le procès pénal, si ce n'est à l'existence de tel fait incriminé, et à la culpabilité de tel individu, culpabilité dont l'issue légale risque de porter atteinte aux biens, aux libertés ou même à la vie ?

II. — La certitude est donc seule capable de mériter notre confiance dans la justice des mortels. Sans cette certitude, nous ne saurions accepter ni concevoir positivement la vérité en justice. Ce qui revient à dire que, dans l'esprit et dans la doctrine du juge, vérité et certitude doivent pratiquement se confondre, ou, plus exactement, que la vérité ne devrait exister qu'autant que la certitude se serait formée.

Théoriquement, nous ne confondons rien pourtant. Nous sommes notamment parfaitement conscient de la différence évidente qu'il y a entre les deux notions précédentes. Ainsi, nous savons que tandis qu'en thèse générale, la *vérité* exprime la conformité entre nos idées et les faits réels que nous désirons connaître et qu'elle réside

par conséquent dans ces faits mêmes, la *certitude* est une disposition de l'esprit — c'est-à-dire un état mental — où l'on tient pour absolument affirmée l'existence d'une vérité.

Nous remarquerons seulement que le juge ne peut, ou plutôt ne devrait, affirmer avoir acquis la vérité que juste au moment où il peut se déclarer certain. La certitude devient ainsi la base même de la vérité judiciaire.

III. — Cette vérité certaine ou, tout simplement, cette certitude judiciaire, comment se forme-t-elle ? Comment le juge peut-il l'acquérir ? Par quels procédés, en suivant quels principes ou quelles règles naîtra-t-elle dans son esprit ou sera-t-elle présumée y exister ? C'est à l'ensemble de ces questions que répond le *système des preuves*.

Comment parvenir à la vérité sur les faits : tel est, d'une façon générale, le problème que soulève et que se propose de résoudre la théorie de la preuve. Cette théorie indique à cet effet les procédés à employer dans la recherche des délits et des délinquants, ainsi que les moyens propres à faire la démonstration de la vérité sur l'existence du fait incriminé et sur la culpabilité du prévenu.

Mais la théorie de la preuve doit également s'occuper en particulier du *problème de la certitude*. Elle doit ainsi poser et suivre les règles ou les principes propres à conduire le juge dans cet état d'esprit qu'est la certitude.

Les principes ou les règles en question se traduisent de manière positive par la *politique* suivie dans l'*économie* des diverses preuves : leur admissibilité et leur valeur ou force probante respective. C'est en définitive cette politique, l'ensemble des principes et des règles qui la représentent, qui constitue ce qu'on appelle couramment le *système* ou le *régime* des preuves.

Le système des preuves serait donc, pour user d'une métaphore, la mesure ou la *balance* dont le juge se sert afin de peser les différentes preuves produites dans la cause, pour dégager la vérité sur les faits du procès avec certitude. Dans certains cas, cette métaphore se concrétise même en quelque sorte, lorsque le système des preuves apparaît comme un *barème* de la vérité certaine, ou bien comme un *tarif* des preuves. C'est que nous verrons, en effet, que plusieurs systèmes de preuves — dont cette sorte de barème ou tarif — sont concevables.

Notons seulement que, quel que soit le système de preuves envisagé, la question qu'il se propose de résoudre reste toujours identique. Elle se réduit, dans tous les cas, à un *problème de la certitude* en justice, ou bien encore à un problème de *l'économie* des preuves : celui de leur admissibilité et de leur force probante.

IV. — Ce problème à double aspect se présente en réalité dans toutes les phases du procès pénal. Chaque fois en effet qu'un magistrat s'occupe de préparer une décision judiciaire quelconque, il y a lieu de chercher les moyens d'acquérir une certitude, partant d'envisager un problème de preuves.

On peut remarquer, cependant, que le problème de la certitude en justice pénale n'atteint son plus haut degré de gravité et ne devient particulièrement délicat qu'à la veille d'une décision définitive sur le sort de l'accusé : condamnation ou acquittement.

Aussi, quand nous parlerons de *système des preuves*, notre réflexion portera-t-elle plus particulièrement sur la phase définitive du procès pénal. Car, c'est dans cette phase finale, nous le signalerons au moment venu, qu'il y a le

plus d'intérêt à rechercher le système de preuves régissant le problème de la vérité certaine.

V. — Il est d'autre part évident que le système des preuves ne s'occupe dans le procès que du point de fait et qu'il ne s'y occupe aucunement du point de droit. La vérité que le juge répressif recherchera comme objet de sa certitude consiste en effet, comme nous l'avons déjà remarqué, dans la démonstration de l'existence d'un fait incriminé et de la culpabilité d'un prévenu. Il s'agit donc là de deux questions de fait pur. Et c'est en réalité uniquement de point de fait que s'occupe toute la théorie des preuves en général.

Le point de droit se résout, d'une façon générale, — en admettant que le fait incriminé existe matériellement et que le prévenu en est l'auteur — en une question de *qualification* de l'infraction et d'application de la peine prévue par la loi. Or, ces dernières questions sont soumises à des principes et des règles n'ayant aucun rapport avec la théorie des preuves.

Nous remarquerons seulement que, des deux questions formant ce que nous appelons le *point de fait*, c'est plutôt à la question de *culpabilité* que nous songerons le plus souvent au cours de notre étude. Cela ne signifie pourtant nullement que nous ayons moins de considération pour la preuve de la *matérialité* du fait incriminé, preuve qui est parfois des plus délicates. Il s'agit là tout simplement d'une question de commodité dans l'exposé. Notre ouvrage portant d'une façon générale sur le problème de la certitude en justice criminelle, ne peut en effet s'attacher principalement qu'à la certitude par rapport à la question la plus remarquable du problème pénal, celle de la culpabilité.

Cette question ne peut d'ailleurs se poser que lorsque la matérialité de l'infraction est déjà démontrée. On ne saurait évidemment s'ingénier à découvrir la vérité certaine sur la culpabilité d'un coupable présumé, si l'existence du fait incriminé n'était pas au préalable établie.

VI. — Cette dernière question du point de fait est donc pour nous presque constamment présumée résolue, dans le sens de l'existence d'un fait tombant sous le coup de la loi pénale. Nous supposons donc établi qu'une infraction a été commise dans des circonstances déterminées, et qu'il s'agit en l'occurrence d'obtenir avec certitude la vérité sur la culpabilité d'un présumé coupable. Quel sera le système de preuves le mieux approprié à cet effet ? Voilà en quoi se résume en somme tout le sujet de cet ouvrage.

En admettant, avec le D^r Edmond Locard, que le *problème pénal* se ramène à cette *équation* : suspect ou prévenu = coupable, il s'agit de déterminer le système de preuves le mieux approprié à la résolution du problème, c'est-à-dire permettant d'aller ainsi du soupçon à la certitude.

Réflexion faite, nous avons estimé que le seul système qui soit à cet effet à la fois naturel et rationnel, était le système de preuves dit *par l'intime conviction du juge*. Ainsi se justifie maintenant, du moins en partie, le titre que nous avons choisi pour cet ouvrage : *de l'intime conviction du juge*, le mot *juge* étant entendu au sens le plus large : c'est-à-dire désignant d'une façon générale toute personne, magistrat du parquet, juge proprement dit ou juré, appelée à rendre, dans le domaine criminel, une décision judiciaire.

Le titre même de cet ouvrage pourrait certes susciter une tendance légitime à orienter sa pensée vers le domaine

de la philosophie pure. En fait, du moment que nous sommes à la recherche d'une *certitude*, la question doit forcément toucher à des éléments d'ordre philosophique, et pourrait même, à l'occasion, donner lieu à des développements des plus intéressants.

Nous nous empressons pourtant de souligner que notre intention, comme le laissent entendre les quelques indications que nous venons de donner, est de nous limiter à une étude juridique. Seulement, nous avouons que dans cette étude nous ne pouvions éviter absolument toute évocation philosophique qu'au risque d'offrir un travail inévitablement boiteux. Aussi, tout en nous en tenant principalement à une étude purement juridique, nous nous permettrons cependant à diverses reprises, pour l'harmonie et parfois pour la nécessité de l'exposé, d'aborder, bien que très timidement et avec une rigoureuse circonspection, certains propos de caractère philosophique ou semi-philosophique.

Sans avoir l'intention, assez justifiable d'ailleurs, de prétexter de la délicatesse de l'aspect philosophique du sujet, pour nous disculper des multiples défauts qu'un pareil ouvrage est forcément susceptible de comporter, nous ne pouvons pourtant pas résister au désir de souligner les difficultés que présente, d'une façon générale, le travail que nous ne tarderons pas à entreprendre. Ces difficultés sont d'autant plus grandes, qu'à notre connaissance, le sujet de cet ouvrage n'a jamais fait l'objet d'une étude d'ensemble, du moins sous l'angle où nous l'envisageons.

A ce propos, nous tenons volontiers à nous excuser plus particulièrement de l'insistance avec laquelle nous traiterons certains points, le plus souvent délicats, et qui

forcément nous entraînera parfois à des digressions que l'on pourrait nous reprocher. Nous faisons remarquer que ces digressions seront, nous l'espérons du moins, d'autant moins regrettables qu'elles auront le mérite d'éclairer constamment l'idée que nous poursuivons, sans nous éloigner pourtant outre mesure de notre but principal.

VII. — Quant au plan général que nous entendons suivre, nous nous contentons pour l'instant d'indiquer simplement que l'étude du système des preuves par l'intime conviction du juge suppose, tout d'abord, — dans le but même de définir et d'illustrer la valeur et l'importance de ce système — une étude du système des preuves en général.

Au terme de cette première étude, nous constaterons — outre la supériorité théorique de la preuve par l'intime conviction du juge —, d'une part, la prédominance de ce système dans le droit contemporain, et, d'autre part, que c'est le droit français moderne qui l'a le premier formulé explicitement, et qui, de ce fait, en représente pour ainsi dire la réglementation *classique*.

Ainsi se révèle l'opportunité de choisir plus spécialement l'exemple du droit français pour entamer, en second lieu, une étude plus positive du système des preuves par l'intime conviction.

Notre ouvrage se divisera ainsi en deux parties d'égale importance :

Première partie : Du système des preuves en général.

Deuxième partie : De la preuve par l'intime conviction du juge en droit français.

Dans la conclusion de cet ouvrage, nous essaierons d'in-

diquer, d'une façon succincte, la tendance *scientifique* vers laquelle la théorie des preuves en matière criminelle paraît, selon toute vraisemblance, devoir s'orienter à l'heure actuelle. Nous insisterons surtout sur le sens dans lequel il serait désirable que se dirige de préférence cette nouvelle théorie scientifique des preuves.

Ainsi se justifie la seconde partie du titre de cet ouvrage : *Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle.*

PREMIÈRE PARTIE

DU SYSTÈME DES PREUVES
EN GÉNÉRAL

Dispositions préliminaires.

1. — Précisions sur le sens du mot *preuve* : trois acceptions radicalement différentes.
 2. — Plan de la première partie.
-

1. — Au cours de notre travail, nous ferons énormément usage du mot *preuve*. Aussi n'estimons-nous pas superflu de souligner dès le début le sens, ou plutôt les divers sens de ce terme. Cela aura d'ailleurs l'avantage de prévenir des confusions d'ordre terminologique que la suite de l'ouvrage serait peut-être susceptible de provoquer.

Le mot *preuve* comporte plusieurs significations. En en multipliant les définitions, les légistes semblent pourtant ne pas le concevoir dans plus de trois acceptions radicalement différentes (1).

On est presque unanimement d'accord pour reconnaître que, dans le sens le plus étendu et le plus usité, la *preuve* est le moyen de parvenir à la connaissance de la vérité d'un fait. Nous constatons seulement que cette définition peut valoir pour deux significations différentes. Conçue d'une façon théorique et abstraite, elle peut faire de la *preuve* la méthode, ou en quelque sorte le processus unique qu'il est donné à l'homme de suivre, chaque fois

(1) Cf. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instr. crim. et de procédure pénale*, t. I, p. 476, et BONNIER, *Traité théor. et prat. des preuves en droit civil et en droit criminel*. 4^e éd., n° 2.

qu'il s'agit de découvrir une vérité. Tandis qu'envisagée dans un sens pratique et concret, elle fait de *preuve* le synonyme de *mode de preuve*. Dans ce dernier cas nous savons qu'on peut compter plusieurs modes de preuves différents : comme par exemple le témoignage, l'aveu, les écrits, etc... (2). Et c'est vers ce dernier sens exclusivement que penchent la plupart des définitions que les auteurs ont données jusqu'ici de la *preuve*, comprise dans l'acception générale qui nous occupe (3).

Dans une seconde acception plus restreinte, la *preuve* c'est la production des éléments de décision proposés au juge. Dans cette acception restreinte la *preuve* est considérée du point de vue de celui qui la produit, qui l'administre. Elle désigne alors les efforts faits par celui-ci pour aboutir à la démonstration de la vérité. *Preuve* est alors synonyme d'*administration de la preuve* (4).

Dans une dernière acception qui est encore plus restreinte que la précédente, *preuve* signifie la démonstration acquise de la vérité. Elle devient alors, pour ainsi dire, synonyme de la vérité elle-même. Et c'est peut-être

(2) Les modes de preuve ne doivent pas se confondre avec les procédés légaux qui en permettent la recherche, la constatation et la production. Ainsi, par exemple, l'interrogatoire du prévenu doit se distinguer de l'aveu, celui-ci étant un mode de preuve, tandis que l'interrogatoire n'en est qu'un procédé de recherche et de production. De même les perquisitions et les saisies ne sont que des procédés légaux de recherche et de constatation des indices qui sont, eux, un mode de preuve qu'on désigne encore sous le nom de présomptions.

Certains auteurs veulent également distinguer les *moyens de preuve* des *faits probants*. Cf. FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instr. crim.*, 2^e éd., t. IV, p. 356.

(3) Cf. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, p. 63 ; FAUSTIN HÉLIE, IV, p. 329, et BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. I, p. 24.

(4) MITTERMAIER, *ibid.*, p. 66.

contre cette acception que Bentham veut nous mettre en garde lorsqu'il déclare notamment que « le mot preuve a quelque chose de trompéur ; il semble que la chose qu'on appelle ainsi ait une force suffisante pour déterminer la créance : mais on ne doit entendre par là qu'un moyen dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet (5) ».

Nous remarquons cependant que la *preuve* ne peut atteindre cette grave signification que lorsqu'elle est envisagée du point de vue du juge par-devant qui elle est produite. Et encore, même dans ce cas, elle ne se confond qu'avec ce que nous appellerons volontiers *la conclusion à la vérité*, conclusion formée dans l'esprit du juge et qui lui dictera, certes, immédiatement sa sentence. Ce qui veut dire, en d'autres termes, que même dans cette dernière acception, *preuve* ne signifie pas tout à fait *vérité*, mais tout simplement *conclusion favorable à la vérité* que l'administration de la preuve (comme moyen) a produite dans l'esprit du juge avant que celui-ci formât sa décision.

Au cours de ce travail nous nous servirons, selon les circonstances, du mot *preuve* dans les divers sens que nous venons de préciser. Il est évident cependant que chaque fois que nous parlons du *système des preuves*, le mot *preuves* a le sens de *moyens* ou *modes de preuve*. C'est aux moyens de preuves en effet, à leur valeur probante et à leur administration, que se rattachent principalement les principes et les règles qui constituent le système des preuves.

2. — Dans la première partie de ce travail, notre but

(5) BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, p. 24.

sera d'exposer les idées principales, d'évoquer les notions générales de nature à bien spécifier et définir ce qu'on entend par système des preuves de conviction, et de montrer la valeur particulière de ce système ainsi que son domaine général d'action. Nous avons estimé pouvoir atteindre ce but en étudiant le système des preuves en général d'un triple point de vue :

1^o En premier lieu, exposer les différents systèmes de preuve qu'on a l'habitude d'envisager. Dans cet exposé, quelques indications sommaires sur le système de la preuve de conviction lui-même seront amplement suffisantes, du moment que c'est précisément aux détails de ce même système que sera consacrée toute la seconde partie de ce travail. Au contraire, un exposé un peu plus détaillé des autres systèmes de preuves, celui en particulier qu'on oppose au système des preuves de conviction et qu'on appelle système *des preuves légales*, qui ne sera pas traité d'une façon principale au delà de cette première partie, aura le double avantage de préciser une fois pour toutes les idées directrices de ce dernier système et de jeter, par voie de contraste, quelques lumières sur le système de l'intime conviction. Aussi n'estimons-nous pas superflu de comprendre dans l'exposé du système des preuves légales, un bref aperçu du mécanisme de ce système tel qu'il fonctionnait dans l'ancien droit français. Le but poursuivi en exposant ainsi les différents systèmes de preuve sera plus sûrement atteint en donnant enfin une appréciation générale de la valeur respective de ces systèmes.

2^o En second lieu, passer en revue les différentes considérations dont le système des preuves est susceptible de dépendre dans quelque mesure que ce soit. Ceci afin de

situer le système des preuves dans un cadre général de notions et de principes qui s'enchaînent entre eux par des liens plus ou moins étroits.

3^o Procéder enfin, à la faveur des quelques notions générales que nous aurons mises en relief en traitant le premier et le second point de vue, à une rapide incursion dans les principales législations depuis l'antiquité jusqu'à nos jours. Ceci dans le but, d'une part, d'apercevoir l'évolution du système des preuves à travers les âges, et d'autre part, de dégager l'importance et le champ d'action respectifs des différents systèmes de preuve en général, et du système de l'intime conviction en particulier, tant dans le temps que dans l'espace.

Trois grands chapitres seront consacrés respectivement à l'étude des trois points de vue précédents.

CHAPITRE PREMIER

Les différents systèmes de preuve et leur valeur théorique respective.

SECTION I. — LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE PREUVE.

3. — Généralités et division.

§ 1. *Le système des preuves morales.*

4. — L'idée de base : la certitude judiciaire est moins l'œuvre du législateur que de la conscience du juge ; double corollaire de cette conception quant au rôle respectif du législateur et du juge.
5. — La principale caractéristique du système de la preuve de conviction : double liberté du juge par rapport aux preuves.
6. — La liberté du juge n'exclut pas toute intervention du législateur ; la nécessité de poser des garanties et l'opportunité d'établir même des exceptions.
7. — Réserves d'ordre philosophique ou juridique auxquelles est soumise la notion de la preuve par l'intime conviction et qui en délimitent la véritable portée et le sens exact ; renvoi.

§ 2. *Le système des preuves légales.*

8. — L'idée de base : la certitude judiciaire conçue comme une opération scientifique que le législateur peut régler à l'avance par des règles fixes. Deux modes d'intervention du législateur.
9. — La caractéristique qui trace la démarcation entre le système des preuves légales et le système des preuves morales.
10. — Rôle passif réservé au juge dans le système légal.
11. — Aperçu du mécanisme du système des preuves légales dans l'ancien droit français.
12. — Dans quelle mesure la conscience du juge peut intervenir dans le système des preuves légales.

§ 3. *Le système intermédiaire.*

13. — Le système intermédiaire proprement dit : combinaison des deux conceptions de la certitude. Deux formes de la combinaison.
14. — Autres façons de concilier les deux conceptions de la certitude : le système *mixte*.

3. — Nous avons déjà constaté que la certitude est le fondement indispensable des jugements. Aussi est-il naturel que chaque législation soucieuse d'assurer cette garantie suprême de la justice s'efforce de trouver le plus sûr moyen de l'atteindre avec la moindre chance d'erreur. La question étant à la fois grave et délicate, la théorie ne l'a pas toujours résolue de la même manière. Nous verrons également que, dans la pratique, les solutions adoptées par les différents peuples ont été et sont encore éminemment variables. Dans ce domaine, comme dans tant d'autres, on s'est trouvé en effet en présence de deux extrêmes. D'une part, la certitude judiciaire conçue comme pouvant être déterminée et réglementée à l'avance par des prescriptions légales a donné lieu au système dit *des preuves légales*. D'autre part, la conception opposée qui considère la certitude comme une notion purement morale ne pouvant par suite émaner que de la conscience de celui qui s'en occupe principalement et directement, c'est-à-dire le juge dans notre cas, a donné lieu au système dit *des preuves morales ou de conscience* ou encore système de *l'intime conviction*.

Ainsi, le système des preuves légales et le système de l'intime conviction sont les deux principaux systèmes de preuve répondant respectivement aux deux conceptions originales de la certitude en justice.

Entre ces deux extrêmes plusieurs combinaisons sont évidemment possibles. La plus originale est celle qui prétend concilier parfaitement les deux systèmes précédents en faisant valoir, à la fois, la double certitude morale et légale. L'originalité de cette combinaison, qui la distingue ainsi tant du système de la preuve de conviction que du système des preuves légales, permet d'y voir un troisième

système de preuve, système intermédiaire qui mérite d'être mentionné, au moins à titre d'exemple.

Nous sommes ainsi amené à exposer successivement trois ordres de système de preuve :

§ 1. — Le système des preuves morales.

§ 2. — Le système des preuves légales.

§ 3. — Le système de preuves *intermédiaire*.

§ 1. — *Le système des preuves morales.*

4. — Le principe de base dans le système des preuves morales est que la certitude, qui peut seule dicter les sentences, est moins l'œuvre du législateur que de la conscience du juge. Cela signifie, en d'autres termes, que pour constater l'existence ou la non-existence de la certitude sur la vérité des faits du procès, le juge consulte sa propre conscience et dégage les impressions que les circonstances de la cause y ont imprimées. Il s'agit alors d'un sentiment de conviction qui se forme spontanément dans la conscience du juge sous l'effet des circonstances particulières à chaque cause, et qui dès lors ne saurait être soumis à des motifs fixes et déterminés, imposés à l'avance par le législateur.

Cette conception repousse donc toute intervention du législateur pour déterminer les motifs d'existence de la certitude. Elle implique en revanche, par rapport au juge, l'entière indépendance de la conscience, qui ne peut jouer son rôle à cet égard que tant qu'elle est libre de toute entrave.

5. — Il s'ensuit une double conséquence quant au pouvoir du juge par rapport aux preuves qui sont l'unique moyen pour démontrer la vérité. D'une part, le juge est

libre de recourir à toutes sortes de preuves afin de former sa conviction. Car il serait contradictoire de demander au juge de décider en son âme et conscience, tout en lui prescrivant de puiser sa conviction intime dans des moyens de preuve déterminés. Aussi le législateur doit-il s'abstenir d'intervenir à cet égard, soit par voie de détermination des preuves dans la limite desquelles le juge serait astreint à borner son investigation, soit par l'exclusion de certaines autres, ce qui aboutirait au même résultat.

Le juge jouit d'autre part d'une égale liberté dans l'appréciation des preuves produites dans le procès. Aucune preuve n'a alors par elle-même une force légale devant s'imposer au juge. C'est ce qu'on exprime souvent en disant que, dans le système de la preuve de conviction, les preuves sont *morales* et non *légales*. Il en résulte que le législateur doit s'abstenir soit de doter les preuves d'une force légale fixe devant enchaîner la conviction du juge, soit de les frapper d'un discrédit quelconque, ayant pour effet de les soustraire à la libre appréciation de celui-ci.

Cette double liberté du juge à l'égard des preuves constitue la principale caractéristique du système de la preuve de conviction qui, tenant compte de cette considération, s'appelle encore parfois système *de la liberté des preuves*.

6. — Cependant, quelle que soit la portée de cette liberté et le pouvoir qu'elle confère au juge dans la découverte de la vérité et la constatation de la certitude, elle ne signifie point un désintéressement complet de la part du législateur en ce qui les concerne. Le législateur, qui veille à la sauvegarde de tous les intérêts sociaux, peut et doit en effet veiller à la nécessité d'assurer la certitude comme base des jugements. Le principe de la certitude

morale et le système de l'intime conviction ne sauraient, par suite, avoir pour conséquence de réduire le législateur à une passivité absolue. Il est dès lors tout à fait logique que le système des preuves morales comporte inévitablement une certaine intervention du législateur pour imposer des précautions ou des garanties qui, sans prétendre favoriser le principe de la certitude légale, limitent la liberté du juge en matière de preuve, dans la mesure que nous déterminerons plus tard. Le législateur peut même, par son intervention, déroger complètement, dans certains cas particuliers, au principe de la certitude morale, soit en érigeant quelques véritables preuves légales, soit en posant certaines restrictions à l'admission des preuves. Pareille dérogation n'aura, du reste, que la valeur d'une exception, dictée par des motifs d'ordre supérieur. On peut même constater à cet égard qu'une certitude légale rationnelle et justifiée, imposée au juge dans certaines circonstances exceptionnelles, peut très facilement s'harmoniser avec le principe de la certitude morale et le système des preuves de conviction. L'explication en est des plus simples. C'est que, étant rationnelle et logique, cette certitude légale exceptionnelle aurait vraisemblablement été l'expression de la conscience même du juge, si celui-ci avait été livré à sa libre appréciation et à son intime conviction.

7. — Il est à remarquer par ailleurs qu'en dehors de l'intervention du législateur dans le sens que nous venons de préciser, la notion même de la preuve par l'intime conviction du juge est, par la nature même des choses, sujette à certaines réserves d'ordre philosophique ou juridique. On serait en effet enclin à attribuer à cette notion

une portée fausse, ou du moins exagérée, en voulant prétendre sans aucune réserve, qu'elle consisterait après tout à baser les jugements sur les impressions personnelles du juge, ce dernier ayant toute latitude pour rechercher les moyens de se convaincre et apprécier les preuves. Qu'on ne se trompe point cependant sur la véritable portée et le sens exact de l'idée de l'intime conviction. Nous nous bornons pour l'instant à ces indications sommaires, renvoyant à plus loin le développement de toutes ces questions.

§ 2. — *Le système des preuves légales* (6).

8. — Le système des preuves légales consiste à régler la question de la certitude en justice par des conditions légales déterminées *à priori*, de telle sorte que le juge ne saurait considérer un fait comme certain à défaut des conditions requises dans ce sens, et qu'inversement, la seule réunion de celles-ci doit irréductiblement enchaîner sa conviction et dicter sa sentence, quel que soit du reste son sentiment personnel.

Dans ce système, il ne s'agit alors plus de la conviction intime et morale du juge, mais bien d'une sorte de conviction ou certitude *légale* dont la recherche apparaît comme une opération purement scientifique, basée sur des règles fixes et dont il est possible au législateur de tracer la marche (7).

(6) Sur les règles du système des preuves légales, cf. surtout FILANGIERI, *La science de la législation*, livre III, chap. xv.

(7) Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 82, et surtout p. 88 où il définit ainsi le système légal : «... des règles fixes, indiquant aux juges sur quelles preuves doit s'étayer la sentence pénale, de quelles conditions doit s'environner chacune des preuves, quand elles sont de nature à

Pour parvenir à son but, le législateur procède principalement par détermination préalable, dans une sorte de *tarif*, de la valeur probante des preuves qui, pour cette raison, sont qualifiées de *preuves légales*, par opposition aux *preuves morales* qui, comme nous l'avons vu, sont laissées, quant à leur valeur, à la libre appréciation du juge. Ainsi, par exemple, le législateur peut déclarer péremptoires certaines preuves, telles que le serment ou les présomptions légales. Il peut par contre n'attribuer qu'une force relative à certaines autres preuves tant qu'elles ne remplissent pas certaines conditions. C'est à ce dernier ordre d'idées que se rattache le discrédit qui frappe si souvent, sous le système des preuves légales, le témoignage unique (8) et la preuve par les indices, comme nous le verrons par la suite. Dans ce cas, le juge ne pourrait pas, par exemple, considérer un fait comme certain quand il n'est établi que par des indices ou par un seul témoignage. Le cumul de plusieurs preuves de ce genre ou l'accomplissement de certaines conditions d'une autre nature, devient alors indispensable pour entraîner la conviction du juge.

Le législateur peut procéder également en réglant l'admission des preuves, soit par voie de détermination des preuves recevables, soit en excluant certaines autres preuves ou en soumettant l'admission à certaines conditions. Ainsi, à la différence du système moral, le juge se trouve privé de la faculté de recourir à tous moyens de

emporter la décision ; des règles, astreignant invariablement le magistrat, et lui refusant le droit de prononcer la condamnation, quand la certitude acquise à ses yeux ne rentre pas entièrement dans le cercle des formules légales. »

(8) On exprimait ce discrédit par la maxime très connue : *Testis unus, testis nullus*.

preuve afin de former sa conviction, qu'il ne pourra alors puiser que dans certaines preuves ou en dehors de certaines autres. Il est à remarquer seulement que dans ce cas il ne s'agit plus de véritables *preuves légales* à force probante déterminée par avance, mais bien plutôt de *règles de preuve* légale qui, sans toucher à la valeur des preuves, dirigent pourtant, d'une façon passive en quelque sorte, le système des preuves dans le sens de la certitude légale.

9. — A la vérité, c'est l'intervention du législateur qui détermine la valeur des preuves et les dote, dans un sens ou dans l'autre, d'un effet nécessaire qui s'impose au juge, ce sont, en d'autres termes, les *preuves légales* proprement dites qui caractérisent principalement le système dit, précisément pour cela, *de preuves légales*. Et c'est plutôt cette caractéristique, lorsqu'elle constitue la règle générale, qui trace la démarcation entre ce système et le système des preuves morales.

10. — Il résulte des précédentes indications que le système légal assigne au juge, quant à la question de certitude, un rôle bien secondaire. Il le réduit en quelque sorte au rôle d'un simple vérificateur des prescriptions légales. Ainsi, il n'est pas maître, comme dans le système de la preuve de conviction, d'attacher à telle preuve la force probante que sa conviction personnelle lui conseillerait d'accorder. Son rôle consiste simplement à assister à la production des preuves, à les vérifier et à contrôler la réunion des conditions légales pour décider en conséquence en se déclarant convaincu ou non. Tout se passe mathématiquement pour ainsi dire, et le travail du juge prend plutôt la forme d'une opération de pur calcul mathématique.

11. — Le système légal tel que nous venons d'en esquisser les traits essentiels fut pendant assez longtemps en vigueur dans l'ancien droit français, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater prochainement. Sa réglementation sous le règne de l'Ordonnance criminelle de Louis XIV de 1670 nous offre un tableau parfait de son mécanisme du point de vue positif et pratique. Un bref aperçu de ce mécanisme illustrera et précisera les quelques idées théoriques générales que nous venons d'exposer (9).

Pour la démonstration de la culpabilité, on classait les preuves selon leur force probante en trois catégories bien distinctes :

1^o Les preuves pleines, manifestes ou complètes, étaient celles qui devaient suffire par elles-mêmes pour convaincre le juge et entraîner par suite nécessairement sa décision, quelle que fût sa propre conviction intime. Une preuve pleine ou complète était, par contre, indispensable pour servir de base à une condamnation capitale. Ce qui veut dire, qu'en dehors d'une preuve pleine, le juge ne pouvait jamais condamner à mort, quelle que fût sa propre conviction de la culpabilité de l'accusé. Pour les accusations moins graves, c'est-à-dire ne devant pas entraîner la peine capitale, le juge était délié de cette règle rigoureuse (10) ;

(9) Sur les détails du système des preuves légales dans l'ancien droit français, cf. parmi les ouvrages modernes : ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 266 et ss. ; FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n^o 356 et ss. ; GARRAUD, *op. cit.*, t. I, n^o 251 et s.

(10) Il est à remarquer cependant que, du temps où fonctionnait le système légal, cette dernière réserve n'avait qu'une importance relative, puisque la plupart des crimes étaient alors passibles de la peine capitale.

2^o Les preuves semi-pleines ou indices prochains, qu'on appelait encore parfois les semi-preuves, étaient celles qui n'étaient pas assez puissantes pour convaincre par elles-mêmes le juge et lui dicter une condamnation capitale. Elles pouvaient pourtant produire cet effet, c'est-à-dire conduire le juge à prononcer la peine de mort, dans deux cas :

a) Lorsqu'il s'y ajoutait l'aveu de l'accusé, qui pouvait être volontaire ou forcé, c'est-à-dire obtenu au moyen de la *question* ou torture ;

b) Par l'addition de plusieurs demi-preuves afin de constituer ainsi une preuve complète (11).

Par ailleurs, une preuve semi-pleine pouvait encore donner lieu à l'application d'une peine extraordinaire. Dans ce cas, le juge était autorisé à prononcer une peine inférieure à celle prévue par la loi pour le fait incriminé ;

3^o Les preuves légères ou indices éloignés étaient en quelque sorte des signes de culpabilité qui ne valaient que comme compléments des autres preuves, et qui de ce fait ne pouvaient en aucun cas entraîner par elles seules, sous quelque forme que ce fût, la conviction du juge, ni une condamnation quelconque. Tout au plus, un indice éloigné au moins était parfois indispensable pour servir d'admicule aux indices prochains afin d'appliquer la torture. Les indices éloignés servaient, par ailleurs, de motifs de soupçon pour ouvrir une information.

Les indices éloignés n'intéressaient donc la question de

(11) Cependant, ce procédé n'était généralement pas admis. « La semi-preuve n'a rien de plus concluant qu'une demi-vérité, et par la même raison que deux incertitudes ne peuvent pas opérer une certitude, deux semi-preuves ne peuvent pas non plus opérer une preuve complète. » (Cit. dans ESMEIN, *op. cit.*, p. 277.)

la démonstration de la culpabilité que dans ce sens qu'ils constituaient une catégorie à part de preuves insuffisantes pour permettre au juge de retenir une certitude susceptible d'entraîner une condamnation. Ils apportaient par là même une limitation bien marquée à la conviction libre et intime du juge, ce qui cadrerait d'ailleurs parfaitement avec le reste du système légal.

Chacune de ces trois catégories pouvait renfermer selon les circonstances l'un ou l'autre des quatre principaux modes de preuve connus : l'aveu, le témoignage, les écrits et les présomptions. C'est que pour faire une preuve pleine, chaque preuve devait remplir certaines conditions ; autrement elle rentrait, encore selon sa force, dans l'une ou l'autre des deux autres catégories (12).

Dans ce système, le rôle du juge consistait donc, lorsqu'il s'agissait d'une accusation capitale, à chercher une preuve complète. Il devait alors à cette fin contrôler les conditions que devait remplir chaque preuve pour former une preuve pleine. Si ces conditions se trouvaient remplies, il devait alors prononcer la peine capitale quelle que fût d'ailleurs sa propre conviction. Si, au contraire, une preuve complète ne pouvait pas être obtenue par une

(12) Ainsi, pour que la preuve testimoniale pût faire une preuve complète, deux témoins idoines, oculaires, irréprochables, affirmatifs, déposant sur le même fait, étaient indispensables. Dans les cas où la preuve littérale était admise au criminel, l'écrit devait, pour former une preuve pleine, d'une part être authentique ou du moins reconnu par l'accusé, d'autre part être *précis sur le fait du crime*, c'est-à-dire renfermant expressément les faits incriminés. Les présomptions pouvaient également fournir une preuve complète lorsqu'elles étaient manifestes et nécessaires. Quant à l'aveu de l'accusé, l'opinion dominante fut qu'il ne pouvait en aucun cas opérer tout seul une preuve complète à moins d'y joindre des indices prochains ou la déposition d'un bon témoin.

combinaison quelconque, le juge devait alors s'abstenir de prononcer la peine de mort ; mais il pouvait prononcer une peine moindre s'il s'agissait de preuves semi-pleines qu'il estimait d'ailleurs suffisantes à cet effet.

Il est évident que de la sorte, le rôle du juge était limité par des règles strictes qu'il devait observer rigoureusement, et que sa conscience était de ce fait solidement garrottée. Cela ne veut pas dire cependant que le juge était toujours obligé de condamner ou d'acquitter contrairement à sa propre conviction. En effet, la certitude légale du législateur et la conviction morale du juge pouvaient parfois se superposer. C'est que le système légal, avec ses règles minutieuses, était érigé, à la vérité, pour défendre l'accusé contre une conviction trompeuse de la part du juge et lui assurer une garantie de certitude légale fondée sur la science et l'expérience et ayant par là la plus grande chance d'être conforme à la vérité. Dans ces conditions le système légal devait réussir dans bien des cas à empêcher la condamnation d'un innocent et inversement. Or, toutes les fois que la certitude légale était conforme à la vérité, cette vérité ne devait pas échapper à la conscience éclairée du juge. Cependant, étant donné la rigueur des conditions qu'exigeait le système légal, pour former une preuve complète par exemple, conditions qui étaient le plus souvent irréalisables, on comprend très bien que le juge pouvait être amené dans bien des cas également à se prononcer contrairement à sa conviction intime. Nous voulons souligner en outre que, même dans les hypothèses où la certitude légale se conformait à la certitude morale, cette dernière n'était point prise en considération, et que la seule base de la décision du juge était la certitude légale exclusivement. Tout le système légal reposait, en effet,

sur une abstraction faite de la conviction morale du juge.

12. — Il est cependant de la plus haute importance de ne point se tromper sur le véritable rôle du juge dans le système des preuves légales. Ce système ne signifie en effet nullement un défaut absolu de toute intervention de la conscience du juge en fait de preuve et de certitude. Nous constatons en effet que même tel qu'il vient d'être exposé, c'est-à-dire au moment où il a atteint sa plus grande rigueur, le système légal ne pouvait pas empêcher le jeu de la conscience du juge. A bien des reprises, l'appréciation de cette conscience pouvait en effet être appelée à intervenir. Ainsi, nous remarquons tout d'abord, que toutes les exigences du système ne pouvaient jouer que lorsqu'il s'agissait d'une accusation capitale. Or, quelle que fût l'importance des infractions punissables de la peine de mort, il existait néanmoins, à côté de cette catégorie, un nombre considérable d'infractions moins graves. Pour celles-ci une preuve complète n'était pas exigée ; ce qui veut dire que le juge était autorisé, à défaut d'une preuve complète bien entendu, à baser son jugement sur de simples demi-preuves. Dans ce cas, c'était le juge qui appréciait la valeur des preuves en question pour savoir si elles étaient assez fortes pour entraîner une condamnation. De ce fait la conscience du juge se trouvait forcément engagée.

Nous remarquons en second lieu que, même lorsqu'il s'agissait d'une accusation capitale et que le juge ne pouvait pas obtenir une preuve complète, il était autorisé à prononcer une peine moindre, lorsqu'il estimait suffisantes à cet effet les preuves produites au procès. Or, du

moment qu'on confiait au juge un rôle d'appréciation de la suffisance des preuves pour entraîner une condamnation quelconque, on recourait en vérité à l'appréciation de sa conscience, à sa conviction intime. Certes nous ne nions pas que cette conviction n'était pas complètement libre, puisque le juge ne pouvait la puiser que dans une catégorie déterminée de preuves, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas aller la chercher dans la catégorie des preuves légères ou indices éloignés. Cependant, entre ce qui était preuves légères et demi-preuves ou indices prochains, il n'y avait point une ligne de démarcation bien nette. A part quelques demi-preuves, sur lesquelles on était généralement d'accord, et quelques règles tracées par la jurisprudence, la question était laissée le plus souvent à l'appréciation et à l'arbitrage du juge.

Nous remarquons enfin que le rôle du juge dans le contrôle des conditions que chaque preuve devait remplir afin d'obtenir une preuve complète, n'était point une tâche passive et des plus simples. Il s'agissait en effet d'un travail d'appréciation se rapportant plus ou moins directement à la conscience du juge (13). Quant au rôle vraiment

(13) Ainsi, par exemple, c'était un principe admis par les juristes, que l'admission ou l'exclusion des reproches relevaient de l'arbitrage des juges. L'effet de cette faculté était considérable, car les personnes reconnues suspectes par le juge ne pouvaient donner que de simples renseignements et non fournir un témoignage proprement dit, avec les conséquences qu'entraînait alors cette distinction, quant au calcul de la conviction légale (cf. GARRAUD, *op. cit.*, t. II, n° 402, p. 82 et 83). La vérification de la concordance des déclarations des témoins entre elles, ainsi qu'avec toutes les circonstances résultant des pièces, permettait également au juge de faire intervenir l'appréciation de sa conscience. Voir MITTERMAIER, *op. cit.*, n° 5, p. 98, et encore p. 146 où il est dit : « ... pour ceux à qui la preuve testimoniale ne paraît possible que là où il y a accord dans les dépositions de deux témoins, c'est le raisonnement encore qui permet de juger de cet accord... »

mathématique que jouait le juge dans la mesure des preuves, il n'intervenait qu'à la suite de ce travail d'appréciation.

On doit donc conclure que le juge n'était pas en définitive privé de toute liberté d'appréciation en fait de preuves et de certitude. Il n'était pas une sorte de machine à calculer dépourvue de conscience, comme aurait pu le laisser supposer une étude un peu superficielle.

§ 3. — *Le système de preuves intermédiaire.*

13. — Le système de preuves *intermédiaire* généralement envisagé par les auteurs consiste à reconnaître et concilier les deux conceptions de la certitude : la certitude morale du juge et la certitude légale du législateur, en les combinant. Il s'agit donc de mettre en œuvre simultanément les deux précédents systèmes de preuve. Pour rendre sa décision, le juge devrait alors à la fois être personnellement convaincu, et posséder la certitude légale d'après les prescriptions de la loi. Dans cet ordre d'idées, on peut cependant concevoir deux degrés de cumul de la certitude.

Dans une première combinaison, le cumul serait exigé dans tous les cas, c'est-à-dire pour la condamnation comme pour l'acquittement (14). Les deux systèmes de preuves sont mis alors sur un pied d'égalité, et on tient ainsi également compte des deux conceptions de la certitude. Dans ce système, on est conduit, par la nature même des choses, à envisager la solution dans l'hypothèse où la concordance entre la certitude légale et la conviction morale du juge fait défaut, puisque dans ce cas le juge ne serait

(14) FILANGIERI, *op. cit.*, chap. XIV, p. 349 et 350.

en droit ni de condamner ni d'acquitter. Les partisans de cette combinaison recommandent au juge, dans cette dernière hypothèse, une solution intermédiaire et provisoire en déclarant l'accusation *incertaine*, ce qui aurait pour effet de suspendre le jugement. Cette suspension, tout en laissant l'accusé *sub judice*, n'entraînerait pourtant pas la perte de sa liberté personnelle (15).

Dans une seconde combinaison, qui est du reste celle le plus généralement préconisée, la coexistence des deux certitudes ne serait exigée que pour la condamnation exclusivement. C'est dans ce sens que la possibilité d'une conciliation entre le système des preuves légales — qui régissait l'ancien droit français jusqu'à la Révolution — et le système de l'intime conviction du juge — qui devait le remplacer par la suite — fut soutenue devant l'Assemblée Constituante par Robespierre. Celui-ci présenta un amendement dans lequel il proposait notamment ce double principe : « L'accusé ne pourra être déclaré convaincu toutes les fois que les preuves déterminées par la loi n'existeront pas. L'accusé ne pourra être condamné sur les preuves légales si elles sont contraires à la connaissance et à la conviction intime des juges (16). » Dans ce système le juge peut donc acquitter, nonobstant l'existence des preuves légales, s'il n'a pas la conviction intime de la culpabilité du prévenu. Cela revient à dire que, dans cette combinaison, le système des preuves légales aurait un rôle plutôt

(15) *Ibid.*, p. 350.

(16) Séance du 4 janvier 1791, *Moniteur* du 5. Plusieurs auteurs se sont occupés par la suite de ce genre de système de preuve ; citons-en notamment CARMIGNANI ; *Teoria delle leggi*, t. IV, ch. VI et VII ; ELLERO, dans une brochure sur la *critica criminale*, imprimée dans *Trattati criminale* ; MITTERMAIER, *op. cit.*, surtout ch. X, p. 90 et suiv.

négatif (17). Ici, à la différence de ce qui se passe dans la précédente combinaison, on n'aura jamais à envisager une situation provisoire, puisque la non-concordance des deux certitudes conduirait dans tous les cas à une solution définitive : l'acquittement. Ce qui veut dire également que la discordance entre les deux certitudes sur la culpabilité équivaldrait en somme à la coexistence des deux certitudes sur l'innocence.

14. — A côté du système intermédiaire proprement dit, tel que nous venons de l'esquisser, d'autres possibilités de conciliation entre les deux conceptions de la certitude sont concevables. Mais il ne s'agit plus à la vérité d'un cumul des deux certitudes. On retient simplement l'une de ces conceptions en la complétant toutefois de quelques règles se rattachant à l'autre conception. Le plus souvent il s'agit de consacrer principalement l'idée de la certitude morale en y greffant quelques règles de preuve légale. Tel est par exemple le système dans lequel on affranchit le juge des rigueurs des prescriptions légales, en s'en rapportant absolument, quant à l'appréciation des preuves, à sa conscience et à son intime conviction, mais en y joignant pourtant des règles légales régissant l'admission des preuves. Ainsi, dans ce système, le juge peut se trouver, d'une part, astreint à n'admettre que certaines preuves, à exclure certaines autres, ou à ne les admettre que sous certaines conditions, mais d'un autre côté, et dans la limite des preuves admises par la loi, il conserve toute sa liberté pour former sa conviction morale.

Ce genre de système se confond en réalité avec le sys-

(17) MITTERMAIER, *ibid.*, p. 89 n° 5.

tème des preuves morales que nous avons précédemment exposé. Nous avons dit, en effet, que ce dernier système peut admettre — et il admet généralement, sans perdre pour cela son caractère original — des exceptions qui seraient édictées à titre de précaution dans des cas particuliers. Nous avons dit également que ces exceptions peuvent revêtir ou bien la forme de véritables preuves légales ou bien celle de restrictions apportées à la liberté du juge dans l'admission des preuves. Or, la combinaison en question ne serait en dernier lieu que le système des preuves morales ordinaire comportant des exceptions de cette dernière catégorie. Cependant, dans le cas où ces restrictions seraient établies sur une large échelle, on peut réserver à l'ensemble de la combinaison la dénomination de *système mixte*, afin de la distinguer, du moins théoriquement, du *système des preuves morales*. Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient à étendre cette dénomination à tout système de preuve de conviction qui comporterait de nombreuses exceptions de quelque nature que ce soit ; pourvu qu'il n'y ait pas erreur d'interprétation du principe de base, c'est-à-dire de l'idée de certitude morale que la multiplicité ou l'importance des exceptions ne saurait dénaturer. Nous trouverons une application précise de ces remarques quand nous dégagerons le système des preuves en matière civile, dans le droit positif français.

SECTION II. — VALEUR RESPECTIVE DES DIFFÉRENTS
SYSTÈMES DE PREUVE.

(Appréciation générale d'ordre théorique.)

15. — A quoi tient la distinction entre certitude *morale* et certitude *légale*.
 16. — La conviction morale du juge représente l'unique conception naturelle de la certitude judiciaire. Elle est en outre la meilleure garantie à la base des jugements.
 17. — Le système des preuves morales ou de conviction est par conséquent le seul système naturel et logique. Défauts du système des preuves légales.
 18. — Réserve quant à l'affirmation de la supériorité du système de l'intime conviction.
 19. — Appréciation du système intermédiaire. La combinaison est en apparence ingénieuse. Critiques qu'on peut adresser cependant à ce genre de combinaisons.
 20. — La conclusion à tirer des précédents développements : seul le système de la preuve par l'intime conviction du juge est à retenir. Cette conclusion est confirmée par l'expérience.
-

Nous venons de voir que chacun des deux principaux systèmes de preuve est la mise en pratique d'une conception originale de la certitude qui doit servir de base aux décisions judiciaires, et que le système dit intermédiaire prétend satisfaire le désir de faire valoir ces deux conceptions à la fois. Pour donner une appréciation générale et respective de ces trois systèmes de preuve, il nous paraît donc plus logique de commencer par juger la conception même de la certitude judiciaire qui est à l'origine de chacun d'eux.

15. — Dans nos précédents développements, nous avons toujours laissé entendre la possibilité de concevoir deux

natures différentes de certitude judiciaire : la certitude morale ou intime conviction du juge, et la certitude légale du législateur. Cette distinction ne tient pas évidemment à une différence objective et foncière dans la notion même de la certitude dans les deux conceptions. La certitude, quel que soit le qualificatif qu'elle reçoit, représente en effet toujours une identique notion de base, et signifie constamment — comme nous l'avons déjà signalé et comme nous le développerons encore plus loin — une disposition de l'esprit d'après laquelle on tient pour affirmée d'une manière absolue l'existence d'une vérité. La certitude judiciaire est par suite qualifiée morale ou légale en tenant compte simplement de la manière dont elle s'acquiert. Ainsi, elle est morale quand elle constitue une émanation de la conscience même du juge, quand elle est l'expression de son intime conviction (18). Elle est, au contraire, légale quand le juge la reçoit par la volonté du législateur qui, procédant comme d'habitude par voie de lois générales posées à *priori*, ne saurait la faire parvenir au juge autrement que par des règles légales qui s'imposent à la conscience de celui-ci avec force de loi. D'une manière simpliste, nous appellerons la première : la certitude du juge, la seconde : la certitude du législateur.

16. — Laquelle de ces deux certitudes est la plus naturelle du point de vue purement judiciaire ? L'affirmation que la conviction morale du juge est l'unique conception naturelle de la certitude en justice ne nous semble point faire le moindre doute. La mission de *juger*,

(18) La *certitude morale* a cependant une signification scientifique plus particulière que nous préciserons dans la suite du travail. Cf. *infra*, n° 76.

c'est-à-dire d'acquérir en justice une vérité certaine sur les faits, appartient principalement et avant tout au juge et non au législateur. C'est la nature même des choses. Il est par suite fort évident que tant que le juge remplit normalement sa mission dans la découverte de la vérité, autrement dit tant qu'il ne subit pas l'influence forcée du législateur, il ne peut connaître d'autre certitude que son intime conviction morale. C'est donc, pour le juge, la seule voie naturelle en vue d'acquérir la certitude. Au contraire, lorsque le législateur s'avise de faire ressortir devant le juge une certitude légale par la seule production de certains moyens de preuve auxquels la loi aura accordé force probante, il impose à ce dernier une certitude qui n'est pas sienne. C'est pourtant le juge qui est chargé de la mission de rendre justice et non le législateur. Il y aurait, en quelque sorte, empiètement du législatif sur le judiciaire.

L'affirmation que la conviction intime du juge est la seule conception naturelle de la certitude judiciaire ne constitue cependant un motif suffisant, pour conclure en faveur de sa supériorité, qu'autant qu'on pourra démontrer qu'il n'existe pas d'arguments *a contrario* prouvant que la certitude légale assure une meilleure garantie.

Or, la certitude légale qui est, nous le répétons, le résultat forcé de la production des preuves prévues par la loi sous certaines conditions, peut-elle vraiment constituer une sérieuse garantie de la justice humaine ?

Il faut certes avouer que cette certitude légale sera en quelque sorte une certitude *scientifique*, basée vraisemblablement sur l'observation expérimentale et les données d'une science dogmatique. Il s'agit pourtant de savoir si la question de la certitude peut être réglée à l'avance par

des principes fixes et invariables, même si ceux-ci sont puisés dans des connaissances acquises par une expérience séculaire. Ainsi, par exemple, l'expérience nous enseigne le plus souvent d'accorder foi aux déclarations concordantes de deux témoins irréprochables, ou bien à l'aveu vraisemblablement sincère de l'accusé. Or, est-il toujours certain qu'un fait existe ou se présente tel, parce que deux témoins l'affirment ou parce que celui auquel il est imputé en a fait l'aveu (19)? Et le même fait sort-il du domaine des réalités parce qu'il n'est attesté que par un seul témoin ou par des indices (20)? On ne peut évidemment répondre à de telles questions que par la négative. Ce n'est pas là la véritable notion de la certitude qui, comme nous le développerons plus loin, résulte des motifs les plus nombreux et les plus variables, selon les circonstances particulières de chaque affaire, et qu'on ne saurait déterminer à l'avance. Elle échappe par là même à l'action de la loi, comme du reste à tout autre pouvoir en dehors de la conscience du juge. « La certitude peut s'attacher à la déposition d'un seul témoin, s'il est ferme, éclairé et s'il est sûr de ce qu'il a vu ; elle peut même se puiser uniquement dans

(19) Dans le système des preuves légales, l'aveu de l'accusé compte généralement parmi les preuves à force légale invincible. Nous verrons qu'à certaines époques de l'histoire, il constituait même *la reine des preuves*. Si sous le système légal de l'ancien droit français, tel que nous l'avons exposé, l'aveu ne pouvait seul constituer une preuve complète, cela s'explique par une autre règle de ce système qui n'acceptait pas le témoignage unique comme preuve complète : *testis unus, testis nullus*. L'aveu de l'accusé étant considéré comme son propre témoignage, était par conséquent frappé du même discrédit, tant qu'il restait isolé. Cf. BONNIER, *op. cit.*, n° 365, p. 326, et GARRAUD, *op. cit.*, t. II, p. 239.

(20) Cf. FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1774, p. 346, et MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 85, n° 5.

des faits qui ne sont que des indices. Il n'y a pas de loi qui puisse la commander ou la régler ; elle est, comme la pensée, essentiellement libre et indépendante de tout pouvoir extérieur (21). » Elle échappe à la loi parce que le législateur n'est pas en rapport direct avec les circonstances particulières et infiniment variables de chaque cause. La prétendue certitude légale ou scientifique n'est donc en fin de compte qu'une fiction, une certitude artificielle qui n'a rien de commun avec la véritable notion de certitude. Elle ne peut pas, par suite, constituer une garantie primordiale de la justice. Et il ne reste plus alors que la conviction intime du juge, véritable expression de la certitude, qui puisse exclusivement présenter cette garantie et servir de fondement à la justice humaine. Cela est encore d'autant plus vrai que le recours à la conscience du juge pour s'en inspirer la certitude représente le même concept naturel que celui qui domine la marche que nous suivons tous instinctivement pour découvrir la vérité sur les faits de toute nature qui se présentent constamment dans notre vie journalière (22).

17. — D'après tout ce qui précède, il nous semble qu'aucun doute ne peut exister quant à la valeur qu'il faut attribuer respectivement à chacun des deux principaux systèmes de preuve. Le système des preuves morales faisant valoir le principe de l'intime conviction du juge, est le seul système naturel qui réponde, à la fois, au rôle naturel du juge dans la découverte de la vérité et à la véritable notion de la certitude judiciaire. Inversement, le

(21) FAUSTIN HÉLIE, *ibid.*, p. 347.

(22) BENTHAM, *op. cit.*, t. I, chap. III.

système des preuves légales niant ce principe naturel et rationnel, par cela même qu'il prétend imposer à la conscience du juge une certitude artificielle et fictive, ne saurait assurer à la base des jugements une sérieuse garantie.

Le système des preuves légales fait en réalité sortir le juge de son rôle normal, tandis qu'il permet, au contraire, au législateur de s'immiscer dans un domaine qui n'est pas le sien. Il est, en dehors même de ce renversement de rôles, à la fois incohérent et dangereux. Il est en premier lieu illogique parce qu'il prétend déterminer la certitude judiciaire par des règles invariables, fixées à l'avance, alors que la certitude est, par définition même, une notion tout à fait subjective qui émane de la conscience et ne saurait dépendre d'aucune règle préétablie. Il est dangereux ensuite, car s'il parvient dans une certaine mesure à protéger l'innocence, il ne réussit point, en revanche, à satisfaire la nécessité de punir tout coupable ; or cette nécessité est un besoin social. Dans ce système, le juge est forcé en effet d'acquitter, chaque fois que toutes les conditions requises par la loi pour condamner ne se trouveraient pas réunies. Or, il est facile de deviner que dans un système légal aussi compliqué que celui que nous offre l'ancien droit français, il arrive trop souvent que toutes les exigences de la loi ne se trouvent point réunies. Ainsi, le juge peut être tenu d'acquitter, bien qu'il soit personnellement et intimement convaincu de la culpabilité du prévenu. Ou, par exemple, « parce que la loi aura dit que l'aveu ne fait preuve qu'autant qu'il n'a été extorqué à force de suggestions, parce qu'elle aura exigé pour que la certitude puisse s'appuyer sur les *indices*, qu'ils soient corroborés par le concours de circonstances antérieures,

concomitantes ou postérieures, il s'ensuivra que jamais, faute d'une circonstance postérieure, les indices ne pourront faire preuve » (23). Il est par suite inévitable qu'un pareil système ait tendance à favoriser l'impunité, avec toutes les fâcheuses conséquences que comporte cette dernière (24).

18. — Cela nous conduit donc finalement à affirmer la supériorité du principe de l'intime conviction du juge et du système des preuves morales.

Qu'on ne se trompe point cependant sur la portée de ce jugement. Il ne signifie pas en effet l'infailibilité du système de l'intime conviction. A la vérité, ce système est supérieur uniquement en ce sens qu'il est le seul système naturel dans la mesure que nous venons de dégager, et qu'on ne saurait le remplacer par un meilleur. Cette réflexion a été du reste fort justement exprimée dans ces termes : « Ou bien la loi doit donner pour base aux jugements la conviction même du juge, et une théorie légale de la preuve est incompatible avec cette conviction, ou elle doit prendre une autre base, et quelle sera-t-elle ? Il n'y a pas d'autre critérium de la vérité que la certitude morale, c'est-à-dire la conscience humaine (25). »

(23) MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 87.

(24) En suivant le même ordre d'idées, on constate que dans l'ancien droit français le système des preuves légales aboutissait tout droit à la torture. Cf. ESMEIN, *op. cit.*, p. 264 : «... le juge, dit-il, arrêté par des obstacles accumulés, chercha un moyen de les surmonter, ce moyen ce fut la torture... Lorsqu'il n'y avait qu'un témoin oculaire déposant contre l'accusé ou lorsqu'il existait une présomption très forte, mais non invincible suivant le droit, la justice n'hésitait pas à recourir à la question, placée qu'elle était dans cette alternative ou de laisser échapper un homme qu'elle sentait coupable, ou de compléter sa preuve coûte que coûte. »

(25) FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, p. 348.

19. — Mais à part cette supériorité relative, la valeur réelle du système de la preuve de conviction comporte quantité de réserves que le cours de notre étude fera ressortir au fur et à mesure. Il faut avouer également, à ce propos, qu'à l'origine le système des preuves légales a été imaginé dans l'espoir d'assurer la double garantie que doit comporter toute justice répressive : protéger l'innocence, d'une part, et prévenir l'impunité en assurant la répression de tout coupable, d'autre part (26).

On a voulu à cet effet obvier à l'éventuelle faillibilité naturelle de l'appréciation du juge laissé à ses libres impressions, en lui donnant une conscience artificielle et en créant une *certitude légale*, basée sur des données consacrées par une longue expérience séculaire. Aussi a-t-il paru, à certains esprits bienveillants, que le système dit *intermédiaire* offrirait à l'occasion un magnifique exemple de conciliation qui aurait l'avantage, a-t-on dit, de réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge (27).

Cette combinaison est en apparence ingénieuse. Voici, en effet, les heureuses conséquences que veut attribuer au système intermédiaire, dans sa forme absolue, son principal protagoniste : « Le juge, dit Filangieri, n'aurait point le pouvoir illimité de condamner ou d'absoudre, parce que sa certitude morale ne suffirait pas ; il ne serait pas non plus dans la barbare obligation de trahir sa conscience, en déclarant *vraie* une accusation accompagnée de preuves juridiques, mais qu'il a de puissants motifs de regarder comme suspecte. La loi enchaînerait la volonté du juge, et

(26) Cf. FILANGIERI, *op. cit.*, chap. xv, p. 251 et suiv.

(27) Paroles de Robespierre à l'Assemblée Constituante, séance du 4 janvier 1791.

la conscience du juge remédierait à l'imperfection nécessaire de la loi. L'une et l'autre auraient assez de force par elles-mêmes pour protéger l'innocence ; mais l'une et l'autre n'en auraient pas assez pour l'opprimer (28). »

Cette appréciation s'applique évidemment, du moins en partie, à la seconde combinaison du système intermédiaire où le cumul des deux certitudes morale et légale ne serait exigé que pour la condamnation.

Ces combinaisons ne nous semblent pourtant avantageuses que dans la mesure où elles subordonnent l'effet de la certitude légale à la coexistence de l'intime conviction du juge. Il faut même avouer que dans ce dernier cas le cumul des deux certitudes offre la plus précieuse garantie des jugements, en réduisant au minimum les chances de l'injustice. Mais d'un autre côté, lorsque l'efficacité de la conviction du juge est au contraire subordonnée à la conclusion concordante des preuves légales, apparaissent alors tout de suite tous les défauts inhérents au système des preuves légales. Dans ce cas, la certitude légale pourrait en effet élever constamment un obstacle insurmontable à la conviction morale du juge. Celui-ci peut être forcé, exactement comme dans le système légal pur et simple, de ne pas condamner, dans la première combinaison, ou même d'acquitter, dans la seconde, contre sa propre conviction de la culpabilité du prévenu ; cela parce que les conditions de la certitude légale, le plus souvent irréalisables comme nous le savons, feraient défaut. Dans ce cas, on est par conséquent en droit de condamner le système intermédiaire dans la même mesure que le système des preuves légales.

(28) FILANGIERI, *op. cit.*, chap. XIV, p. 350.

Remarquons d'autre part que le système intermédiaire semble être échafaudé en vue de protéger l'innocence exclusivement. Cela est certain quand il n'est question d'exiger les deux certitudes que pour condamner (29). Mais, même la combinaison intégrale préconisée par Filangieri aboutit, en fin de compte, à favoriser principalement l'accusé. En effet, si le juge ne peut pas acquitter, faute de concordance entre les deux certitudes légale et morale, il ne peut pas non plus condamner pour la même raison, et l'accusé resterait ainsi, a-t-on dit, *sub judicio*. L'infraction demeurerait ainsi impunie.

Or, le besoin de châtier tout coupable pour ne point laisser les infractions impunies, n'est pas moins impérieux que celui de protéger l'innocence (30). De ce point de vue encore, le système offre prise aux mêmes attaques que le système des preuves légales.

Notons enfin que le système intermédiaire ne réussit à combiner les deux certitudes que théoriquement ; et que pratiquement, il est au contraire voué, le plus souvent, à

(29) Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, note, p. 102 : « Dans notre pensée, dit-il, la théorie de la preuve (il s'agit du système intermédiaire en question) a simplement pour objet de poser à l'arbitraire du juge des limites qui sauvegardent l'innocence ; elle ne fait que lui défendre de condamner, lorsque telles et telles conditions font défaut ; jamais elle ne l'oblige à accepter malgré lui les faits comme certains, car si parfaitement accomplies que lui apparaissent les formalités de la loi, il peut acquitter toujours, si sa conviction n'est pas pleine et entière. »

(30) Sentant l'inconvénient de son système à ce point de vue, Filangieri semble se justifier en soutenant (p. 350) que l'impunité, à laquelle pourrait conduire ce système serait préférable au système qui, de son temps, donnait aux juges le droit d'infliger une peine arbitraire à défaut de preuves complètes. Nous remarquons cependant que l'injustice évidente de ce dernier système ne saurait justifier un système qui favoriserait l'impunité, qui est la source d'injustices non moins graves.

dégénérer, soit en système de preuves légales, soit en système de preuve de conviction. C'est que les juges appelés à l'appliquer peuvent être ou bien des juges professionnels réguliers, ou bien des jurés. Or, selon toute vraisemblance il y a lieu de craindre que les juges professionnels se laissent plutôt impressionner par les règles et les preuves légales dont la forte influence *scientifique* ne manquera pas de s'exercer sur leur conscience (31). Dans ces conditions, la certitude morale du juge se laisserait pour ainsi dire absorber par la certitude légale, et le système intermédiaire se transformerait, en réalité, en système de preuves légales pur et simple, exposé à toutes les critiques adressées à celui-ci. Nous verrons, d'autre part, que les preuves légales sont incompatibles avec l'institution du jury et que, pratiquement, celui-ci pourrait impunément ne pas les respecter, si toutefois elles devaient lui être appliquées. Ce qui revient à dire que les jurés ne retiendraient en définitive de la combinaison du système intermédiaire que le seul principe de la certitude morale et de l'intime conviction. Dans ces conditions, la combinaison de la certitude légale à la certitude morale deviendrait une pure illusion.

Il ressort donc de tout ce qui précède, que le système intermédiaire ne présente, dans le but de concilier ou de

(31) Dans cet ordre d'idées on va même parfois jusqu'à soutenir que les règles légales, qui ne seraient posées qu'à titre d'avis ou de simples conseils légaux, dégénéreraient, le plus souvent, en des règles absolues et impératives. Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 83, et surtout p. 524. Cf. également FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, p. 354, n° 1779 où il est dit notamment : « Les règles légales, même dénuées d'une sanction directe, par cela seul qu'elles révèlent l'esprit de la loi et la pensée qui l'anime, impriment nécessairement au juge la direction qu'il doit suivre ; il y prend son point d'appui, ses motifs de décision, et il est en général plus disposé à les généraliser qu'à les restreindre. »

combiner les deux principaux systèmes de preuve, qu'une valeur très précieuse.

20. — Ainsi, nous sommes amené, pour conclure, à ne retenir des trois précédents systèmes que celui de la preuve par l'intime conviction du juge qui est, comme nous l'avons montré, le seul naturel et logique. Notons également, à ce propos, que les défauts que ce système est susceptible parfois de présenter sont, pour la plupart, dues à l'imperfection même de la nature humaine. Elles apparaîtront du reste beaucoup moins importantes qu'on ne serait tenté de les imaginer au premier abord, lorsqu'on aura précisé le sens exact et la portée réelle du système.

L'intervention du législateur, pour poser des garanties ou même établir de véritables exceptions à l'intime conviction du juge, doit tendre par ailleurs à réduire ces défauts au minimum, sinon à les éviter complètement. Dans ce but, une politique tendant à instaurer une sorte de système mixte, dont la base fondamentale serait toujours le principe de la certitude morale et de la conviction intime du juge, ne pourrait qu'entraîner les conséquences les plus heureuses.

Cette conclusion en faveur de la preuve morale et de l'intime conviction du juge n'a rien d'empirique. A part les considérations d'ordre théorique qui en font le système le plus naturel et le plus rationnel, nous verrons en effet que dans la pratique, les peuples lui ont accordé leur faveur dès le début de l'histoire, et que, si on s'en était écarté pendant quelque temps, ce ne fut que pour y revenir. Après avoir éprouvé le système des preuves légales, on ne fut que plus persuadé de la supériorité du système de l'intime conviction du juge.

CHAPITRE II

Considérations susceptibles d'influer sur le système des preuves.

21. — Nous venons d'affirmer que la certitude morale du juge est le seul principe naturel et logique en fait de vérité et de certitude judiciaires. Il arrive cependant quelquefois que certaines législations tendent à adopter un système différent : le système des preuves légales ou le système intermédiaire. La question se pose alors de savoir de quelles considérations dépend le système des preuves dans une législation donnée. Cette question peut se poser d'ailleurs de différentes manières selon l'hypothèse à envisager. Dans ce chapitre, nous entendons y répondre en nous plaçant à trois points de vue différents :

1^o Tout d'abord, nous considérerons le système des preuves en tant qu'institution sociale. Il s'agit alors de dégager les considérations qui influent d'une façon générale sur les institutions probatoires comme sur toute autre institution sociale. A cet égard, les idées, les croyances, les mœurs ainsi que le degré de civilisation semblent être, dans une société donnée, des facteurs primordiaux qui exercent leur influence par la force même des choses, c'est-à-dire indépendamment de la volonté du législateur, et quelle que soit cette volonté.

2^o En second lieu, nous tiendrons compte au contraire de cette volonté du législateur, et des préoccupations

particulières susceptibles de l'animer. Celui-ci peut en effet proclamer explicitement ou implicitement le principe qui domine la politique des preuves. Il s'agit alors de révéler les considérations particulières qui ont pu le déterminer à poser ce principe dans un sens plutôt que dans l'autre.

3^o Nous envisagerons enfin le système des preuves par rapport à l'ensemble de la procédure. Car le système des preuves n'est qu'une partie de l'organisation procédurale et devrait dès lors en subir l'influence.

Ainsi, trois ordres de considérations sont à examiner.

Section I. — Considérations d'ordre général : effets des idées, des croyances, des mœurs et du degré de civilisation.

Section II. — Considérations tirées des préoccupations particulières du législateur,

Section III. — Considérations touchant les rapports du système des preuves avec l'ensemble de la procédure.

SECTION I. — CONSIDÉRATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL.

Effet des idées, des croyances, des mœurs et du degré de civilisation.

22. — Effet de la nature même des preuves sur le caractère du système des preuves. Dépendance des moyens de preuve en vigueur des mœurs et croyances des peuples.
23. — Effet du sentiment religieux : la preuve par le serment ; la preuve par le serment des cojurateurs ; les épreuves judiciaires ou *ordalies*.
24. — Autres manifestations de l'effet des mœurs et du degré de civilisation sur les moyens de preuve : le duel judiciaire ; la torture ou *question* ; le *jury* ; l'expertise.

25. — Précision sur la manière dont les précédents facteurs influent sur la tendance générale du système des preuves : la preuve de prédilection selon les époques.
26. — Réserve quant à la portée de l'influence qu'exerce la nature des preuves sur le caractère du système des preuves.
-

22. — Dans une législation et à un moment donnés, le système des preuves est généralement fonction des croyances, des mœurs et du degré de civilisation de la société ; et la loi sociologique veut que toute évolution dans les idées et les croyances amène nécessairement une évolution dans les institutions probatoires (32). Nous avons constaté, en effet, que le système des preuves tend à assurer la certitude comme base des jugements, soit en déterminant à l'avance la valeur probante de chaque preuve, soit en laissant l'appréciation de cette valeur à la conscience et à la conviction du juge. Ce qui veut dire qu'en définitive, le système peut, dans un sens, se déterminer d'après la nature même des moyens de preuve admis par la procédure. Or, il est aisé d'établir, à bien des reprises, une certaine corrélation entre les croyances, les idées et les mœurs d'une part et les moyens de preuve d'autre part (33).

23. — L'influence du sentiment religieux nous fournit le plus frappant exemple de cette dépendance du système probatoire vis-à-vis des croyances des peuples. Là où la

(32) GARRAUD, *op. cit.*, t. I, n° 275.

(33) Cf. GARRAUD, *ibid.*, n° 12 : « Les procédés employés pour rechercher l'auteur d'un crime et démontrer sa culpabilité sont en rapport direct avec les préjugés ou, si l'on veut, avec les croyances de l'époque. »

religion est toute-puissante, on comprend très bien qu'un rôle de premier plan soit accordé à la preuve par le serment, celui-ci constituant un appel à la divinité à l'appui d'une déclaration de l'homme (34). Cette force de la preuve par le serment demeure puissante tant que subsiste la crainte d'un dieu qui ne tarderait pas, dans la croyance des esprits primitifs, à frapper de ses arrêts vengeurs quiconque se permettrait le parjure.

Toujours selon la même préoccupation religieuse, nous constatons qu'au cours de l'histoire, des procédés originaux de preuve tels que le serment des cojurateurs et les épreuves judiciaires ou *ordalies* furent mis en pratique. Ainsi, à une époque où le serment de l'accusé n'inspirait plus grande confiance, parce qu'il avait auparavant donné lieu à de fréquents abus et au parjure, on eut l'idée de le fortifier en y ajoutant les serments des amis et des parents. C'est ainsi que les coutumes germaniques furent conduites, pendant une longue période de l'histoire du moyen âge, à admettre l'usage d'en appeler à un certain nombre de représentants de la famille ou de la communauté de l'accusé. Ceux-ci, sans rien savoir du fait, venaient attester simplement sous la foi du serment la probité et la véracité des déclarations de l'accusé, sanctionnant ainsi en quelque sorte ses déclarations et son propre serment. Il est assez significatif de noter que, de même que le serment, l'intervention des cojurateurs avait sur le sort du procès un effet décisif.

Les épreuves judiciaires ou *ordalies*, qu'on appelle encore les jugements de Dieu, furent également introduites dans la pratique judiciaire par suite d'une sorte d'aveu-

(34) GARRAUD, *ibid.*, n° 267.

glement divinatoire. Dans les sociétés primitives, ou chez les peuples qui en sont encore aux premiers rudiments de la civilisation, la divinité et la providence sont en effet la suprême préoccupation des hommes. Elles absorbent alors toute la vie de l'être humain au point que, dans sa croyance, elles doivent intervenir même dans les moindres détails de son existence. S'agissant de découvrir la vérité, il devient alors évident que Dieu, qui est l'auteur de toute vérité, ne peut laisser prévaloir l'imposture. Lorsqu'une pareille croyance s'empare ainsi de l'intelligence d'un peuple à une certaine époque de l'évolution de sa pensée, il arrive très promptement à imaginer les procédés propres à faire appel à cette intervention divine. C'est ainsi que furent inventées dans les civilisations primitives les épreuves de toutes sortes.

Dans un procès, l'épreuve joue un rôle bien plus considérable que celui d'un simple moyen de preuve. C'est en réalité toute une procédure réunissant à la fois l'instruction et le jugement du procès. Regardées comme modes de preuve, les épreuves judiciaires prennent figure de présomptions légales dont les résultats s'imposent au juge ou à l'arbitre chargés d'y procéder avec une force invincible (35). C'est donc une espèce de preuve légale qui se rencontre chaque fois que le délire divinatoire se trouve enraciné dans les coutumes et les croyances d'un peuple. Elle caractérise ainsi un certain degré de civilisation et n'est point spéciale à un peuple déterminé ou à une époque

(35) Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 9 : « Quant aux jugements de Dieu, dit-il, ils constituent des moyens de preuve décidément formelle, astreignant le juge, alors même que sa conviction serait directement contraire à leur résultat, à prendre ce résultat pour base et pour motif décisif de sa sentence ».

précise de l'histoire. Aussi la retrouve-t-on dans l'antiquité chez les Indous, les Juifs et les Egyptiens, au moyen âge chez les peuplades germaniques, et de nos jours chez certains peuples sauvages (36).

24. — Quand la société vient à se débarrasser des chimères des croyances religieuses et des préjugés plus ou moins curieux qui en sont les corollaires inévitables, le système des preuves n'en demeure pas moins soumis à l'influence des idées et des mœurs sous bien d'autres rapports. C'est ainsi que pour satisfaire à l'appétit guerrier enraciné dans les esprits, le duel judiciaire arriva à dominer complètement la procédure en Europe vers le x^e siècle, alors que les autres épreuves judiciaires, qui tiraient leur origine des sentiments religieux, étaient déjà en décadence par suite de l'affaiblissement de la croyance aux miracles et à l'intervention céleste (37). C'est encore par un certain manque du sentiment de l'humanité et par une violence marquée dans les coutumes et les usages que la torture ou question fut en faveur pendant de longues périodes de l'histoire. Notons également que l'institution du *jury* qui est, à bien des égards, du moins à l'origine, un procédé de preuve : la *preuve par le pays* (38), assez voisine sous ce rapport, de la preuve par les cojureurs des coutumes germaniques ou les *Laudatores* du droit romain (39), répond à un certain degré de l'évolution des idées politiques. Et c'est un fait que son introduction en

(36) GARRAUD, *ibid.*, p. 15, note 6.

(37) FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n^o 145, p. 180 et 181.

(38) Cf. TARDE (G.). *La philosophie pénale*, p. 441 et 442.

(39) Cf. SOLON, *Essai sur la nature et la force des preuves, Essai historique*, p. XLVij.

France par les membres de la Constituante semblait réaligner alors, dans le domaine judiciaire, l'idéologie régnante de la souveraineté populaire qui fut le principal apport de la Révolution.

Notons en outre que l'expertise n'est en fin de compte qu'une manifestation des idées et des données scientifiques appliquées dans le domaine judiciaire. Son importance dans la procédure dépend donc tout naturellement du rôle que joue la science dans la vie d'un peuple et du degré de perfection scientifique que celui-ci aura réalisé. Si donc nous constatons qu'à l'heure actuelle l'expertise occupe dans la procédure une place de plus en plus importante, c'est bien par l'effet des immenses progrès scientifiques qui ont été jusqu'ici réalisés et qui vont toujours croissants.

25. — Nous voyons donc dans quelle mesure ces considérations d'ordre social sont susceptibles d'exercer une influence sur les institutions probatoires. Dans leurs variations d'une époque à l'autre, les coutumes, les préjugés et les inspirations des peuples nous ont, à vrai dire, tracé les étapes d'une véritable évolution de la pensée humaine sur la manière de prouver les faits. « Chaque âge reflète visiblement dans la procédure criminelle qui le caractérise la foi fondamentale qui l'anime, c'est-à-dire sa croyance la plus universelle et la plus indiscutée, de sorte que la série de transformations législatives et judiciaires sur ce point correspond aux transformations mêmes de la pensée humaine (40). »

Il nous reste cependant à préciser plus particulièrement comment ces facteurs peuvent influencer sur la tendance

(40) TARDE, *op. cit.*, p. 433.

générale du système des preuves tel que nous l'entendons. A cet effet, il convient de remarquer que chaque époque se voit imposée, précisément selon les croyances, les mœurs et le degré de civilisation, une certaine preuve de prédilection qui donne le ton aux autres preuves et, plus généralement, à l'ensemble de la procédure (41). Ainsi, les épreuves judiciaires, la torture, le jury et l'expertise ont, au cours de l'histoire, occupé tour à tour une place prépondérante dans la procédure pénale (42). Or, chacun de ces procédés a sa nature propre qui se reflète sur l'ensemble du système des preuves. Ainsi, par exemple, lorsque à une époque donnée les épreuves judiciaires ou la torture dominant la procédure, le système des preuves doit forcément s'en ressentir et subir une influence manifestement légale, et tendre par conséquent à revêtir un caractère plutôt légal. Le jury paraît au contraire, comme nous le vérifierons plus particulièrement dans les développements qui vont suivre, ne pouvoir donner lieu qu'à une tendance plutôt morale.

26. — Remarquons cependant, en terminant, que la nature légale ou morale de certaines preuves ne peut influencer sur le caractère général de l'ensemble du système que lorsque celles-ci sont dominantes dans la procédure, de façon à exercer à cet égard une influence décisive. Autrement, elles ne pourraient que marquer une certaine ten-

(41) TARDE, *ibid.*

(42) C'est en suivant cet ordre d'idées que d'éminents criminalistes sont parvenus à distinguer quatre phases dans l'évolution du système des preuves. Ainsi FERRI (E.), *La sociologie criminelle*, traduction de l'auteur, p. 451 ; TARDE, *op. cit.*, p. 425 et 478 ; de même GARRAUD, *op. cit.*, t. I, n° 248, et DONNEDIEU DE VABRES, *La justice pénale de demain* (Cours de Doctorat, Paris, 1941, non imprimé).

dance qui n'aurait rien de caractéristique. Ainsi, il peut très bien arriver que des preuves légales par leur nature soient mises en pratique dans une législation à un moment donné et que le principe général des preuves n'en demeure pas moins celui de l'intime conviction du juge, et cela sous l'effet d'autres considérations plus influentes. Dans ce cas, les preuves de nature légale figureraient comme de simples exceptions au principe général.

SECTION II. — CONSIDÉRATIONS TIRÉES DE QUELQUES PRÉOCCUPATIONS PARTICULIÈRES DU LÉGISLATEUR.

- 27. — Politique du législateur dans l'aménagement des intérêts mis en opposition par le procès pénal. L'intérêt social : prévenir l'impunité ; l'intérêt individuel : protéger l'innocence.
 - 28. — Notion du législateur quant à la nature de la vérité. Thèse de l'objectivité et thèse de la subjectivité.
 - 29. — Opinion du législateur sur l'importance du rôle du juge dans la découverte de la vérité : rôle actif ou rôle passif.
-

En organisant le système des preuves, le législateur peut se prononcer au préalable sur certaines questions particulières qui se posent à lui à cette occasion, et dont la solution dans un sens ou dans l'autre peut influencer sur le système à adopter.

27. — Une première question peut ainsi se poser relativement à la politique du législateur dans l'aménagement des intérêts que le procès pénal est de nature à mettre en opposition. Chaque fois en effet que le législateur doit organiser la procédure pénale sous quelque rapport que

ce soit, il se trouve forcément aux prises avec deux ordres d'intérêts diamétralement opposés. D'une part, l'intérêt de la société qui est de prévenir l'impunité, et par suite la nécessité de frapper tout coupable ; d'autre part, les intérêts individuels dérivant des droits particuliers aux libertés civiles, et à cet effet la nécessité de protéger ces libertés, susceptibles d'être compromises par l'effet du procès pénal, en se gardant surtout de ne point infliger une peine à un innocent.

Or, le système des preuves doit normalement varier suivant que l'on veut satisfaire les uns ou les autres de ces intérêts. Ainsi, l'intérêt de la société commande qu'une pleine liberté d'action et d'appréciation soit laissée au juge en vue de découvrir la vérité relativement à la culpabilité du prévenu. Toute réglementation restrictive à ce sujet risquerait en effet de mettre parfois obstacle à la condamnation du coupable. C'est donc bien un système de preuves morales que nécessiterait le besoin social de prévenir l'impunité.

La protection de l'innocence réclamerait, au contraire, qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée avant que des conditions légales précises soient remplies ; ce qui implique, en d'autres termes, la nécessité de poser des règles minutieuses relativement à la valeur des preuves, limitant d'autant, à cet égard, la libre appréciation du juge. Cette liberté risquerait en effet de l'induire en erreur par suite d'un certain manque d'expérience ou de quelque autre défaillance. Il s'agit donc, dans ce dernier cas, d'ériger un système de preuves légales dont la sévère réglementation assurerait la plus grande chance de ne pas frapper l'innocent.

Il est donc fort naturel que le système des preuves

varie suivant que le législateur se laisse entraîner davantage par l'une ou l'autre des considérations en question (43).

Il est seulement à remarquer qu'une bonne et scrupuleuse administration de la justice pénale impose le plus souvent au législateur la nécessité de s'occuper autant des intérêts individuels que de l'intérêt social. Aussi est-il possible que l'une et l'autre considération finissent par se neutraliser, de telle sorte que, ou bien leur effet se borne à inciter le législateur à adopter — dans une espèce de compromis — un système intermédiaire ou mixte de preuve, ou bien qu'elles perdent à cet égard tout effet, faisant place à d'autres considérations plus influentes.

28. — Le législateur peut se préoccuper, en second lieu, de la question de la nature de la vérité. La vérité certaine est en effet, comme nous le savons, le but que le système des preuves se propose d'atteindre. Il est dès lors tout à fait logique qu'avant de poser les principes et d'organiser les institutions propres à atteindre ce but, des questions de pure théorie se posent au législateur relativement à la notion même de la vérité. De toutes les questions de ce genre, celle qui intéresse le plus directement le système des preuves se rattache à la nature de la vérité. Elle consiste à savoir si la vérité est une notion subjective ou objective.

D'une façon générale, la vérité peut être dite objective si on peut la concevoir indépendamment du sujet qui la juge ; si, en d'autres termes, on admet qu'elle repose « sur des bases tellement fixes, qu'elle doive imprimer les

(43) MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 6.

mêmes impulsions, les mêmes images chez tous les esprits, en dépit d'eux-mêmes » (44). Elle est au contraire dite subjective, lorsqu'on en rattache la notion à l'esprit même qui s'occupe de la constater, « en sorte que pour chaque homme, il n'y ait rien de vrai que ce qu'il tient pour vrai » (45).

Si donc le législateur s'arrête à l'idée de l'objectivité de la vérité, il semble évident qu'il sera logiquement amené à ériger un système de preuves légales dont les bases fixes et rigoureuses seront de nature à conduire infailliblement le juge à cette vérité. C'est tout le contraire, lorsque le législateur conçoit la vérité comme une notion subjective. Dans ce cas il sera plutôt enclin à laisser au juge une entière liberté, afin de constater la vérité qui ne dépendra au fond que des aptitudes personnelles de celui-ci.

Nous remarquons cependant que s'il est vrai que la subjectivité de la vérité doit, sous peine d'inconséquence, conduire normalement au système de la preuve de conviction, la corrélation entre la notion objective et le système des preuves légales n'est pas d'une rigueur extrême. Le législateur peut en effet adopter la thèse de l'objectivité, sans voir pourtant la nécessité de soumettre le juge à des règles strictes et fixes, relativement à la valeur des preuves.

Quoi qu'il en soit, la question de la nature de la vérité est vivement controversée. Elle est du reste d'un ordre purement théorique ; et il est dès lors fort peu probable que le législateur en tienne sérieusement compte lorsqu'il s'agit d'organiser positivement le système des preuves.

(44) *Ibid.*, p. 70.

(45) *Ibid.*, p. 71.

Il peut arriver d'ailleurs que, tout en tenant compte de la nature de la vérité, la notion que s'en fait le législateur soit de nature à n'exercer aucun effet décisif sur le système des preuves. Le législateur peut, en effet, conclure à une notion intermédiaire (46), ayant pour conséquence de neutraliser ces considérations et d'en supprimer ainsi tout effet par rapport au système des preuves. Il faut ajouter cependant que cette notion intermédiaire de la nature de la vérité est susceptible également de pousser le législateur à adopter une sorte de système de preuves intermédiaire ou mixte, selon les circonstances.

29. — Une autre considération peut enfin se rattacher à l'idée du législateur quant à la portée de l'autorité du juge.

Le pouvoir du juge, en général, varie d'une législation à l'autre, selon la conception que se fait chaque législateur du rôle que le juge doit jouer dans l'administration de la justice. Plus particulièrement, le pouvoir du juge relativement aux preuves — le système des preuves en d'autres termes — peut dépendre de la notion qu'a le législateur du rôle imparti au juge dans la découverte de la vérité.

Si, en effet, le législateur considère que c'est avant tout au juge qu'il appartient de découvrir la vérité, et que son rôle à cet effet doit être essentiellement actif, il sera porté tout naturellement à lui accorder une pleine liberté par rapport aux preuves. Il sera au contraire amené à poser d'avance des règles strictes, fixant la valeur des preuves et dirigeant légalement l'opération de la constatation de la vérité, tant qu'il estimera que le juge ne doit jouer à cet égard qu'un rôle plutôt passif.

(46) *Ibid.*, pp. 73 et 74.

Cela paraît certes un peu surprenant, car la tâche de découvrir la vérité ne peut, par la nature même des choses, qu'être la principale mission du juge. On aurait donc peine à comprendre que le législateur puisse à cet égard ne concevoir qu'un rôle passif du juge. Nous savons cependant que le législateur s'arroge parfois la faculté de partager avec le juge sa mission naturelle ou même de la lui retirer complètement en lui imposant une sorte de certitude légale. Ce sont du reste précisément ces réflexions qui nous font hasarder cette opinion; qu'il ne peut y avoir logiquement qu'un seul système de preuves : le système de l'intime conviction du juge, seul conforme à sa mission naturelle, et que toute autre combinaison à cet égard ne serait en réalité, selon les cas, qu'une altération ou même une négation de ce système, portant d'autant atteinte à l'ordre naturel des choses,

Il faut donc admettre, quelque empirique que cela puisse paraître, que le législateur peut avoir du rôle du juge dans la découverte de la vérité une notion différente susceptible, le cas échéant, d'exercer une influence sur le système des preuves.

Il est à remarquer toutefois que, le plus souvent, le système des preuves obéit plutôt aux considérations qui se trouveraient à la base de la notion que se fait le législateur du rôle du juge. Cette opinion dépend elle-même en effet d'autres considérations. Ainsi, le degré d'importance du rôle du juge peut se trouver lié à la politique du législateur dans la nécessité de ménager les intérêts opposés soulevés par le procès pénal. Il est évident, en effet, qu'un souci un peu exagéré de protéger l'innocence pourrait provoquer chez le législateur une certaine crainte des défaillances éventuelles du juge, et le conduirait peut-être à

n'assigner à celui-ci qu'un rôle passif ou restreint. Le législateur pourrait cependant ne pas réagir de la sorte, s'il a dans ses juges une confiance telle que de graves défaillances ne soient pas à craindre. C'est donc, dans cette hypothèse, plutôt la question des intérêts en cause, ou bien une question de confiance dans les juges, qui retentit en réalité sur le système des preuves. On peut également en dire autant de la considération relative à la conception du législateur de la nature de la vérité. A cet égard, une conception subjective paraît en effet susceptible de porter le législateur à avoir du rôle du juge une idée plutôt large, et ainsi de suite.

Dans toutes ces hypothèses, ce sont donc bien d'autres considérations, à la base certes de la notion qu'a le législateur du rôle du juge, qui viennent au fond influencer sur le système des preuves. Tout cela revient à dire qu'il est fort peu probable que la notion que le législateur se fait du rôle du juge influe sur le système des preuves d'une façon principale.

Il convient de noter enfin que le législateur peut n'avoir aucune idée arrêtée quant au rôle du juge dans la découverte de la vérité, et que l'importance de ce rôle soit tout simplement le résultat des dispositions mêmes du système des preuves, qui se trouverait répondre à d'autres considérations d'un ordre tout à fait différent.

SECTION III. — CONSIDÉRATIONS TIRÉES DES RAPPORTS DU
SYSTÈME DES PREUVES AVEC L'ENSEMBLE DE LA PROCÉDURE.

30. — Généralités et division.

§ 1. *Effets des principes de la procédure accusatoire.*

31. — Principes caractéristiques de la procédure accusatoire.

32. — Le système de la conviction est seul conforme à la procédure orale.

33. — Rapport entre la justice populaire et la preuve par la conviction.

34. — L'institution du jury repose essentiellement sur l'intime conviction. Elle répugne, par contre, au système des preuves légales. — Explications.

35. — Dans quel sens certaines prescriptions légales relativement aux preuves peuvent être appliquées au jury.

§ 2. *Effets des principes de la procédure inquisitoire.*

36. — Principes caractéristiques de la procédure inquisitoire.

37. — Rapport entre ces principes et le système des preuves légales.

38. — Corrélation entre la magistrature professionnelle et les preuves légales. — Explication.

39. — Parfaite possibilité cependant d'adapter la preuve de conviction aux juges professionnels.

§ 3. *Effets des principes de la procédure mixte.*

40. — La procédure mixte : définition ; ses principales caractéristiques.

41. — Cette procédure conduit logiquement au système de l'intime conviction.

30. — Le système des preuves fait partie d'un corps plus important qui est l'ensemble de toute la procédure. Comme il existe normalement une certaine coordination entre les diverses parties de ce tout, il s'ensuit que les principes qui président à l'administration et à l'appréciation des preuves varient entre eux en raison de la forme des procédures (47).

(47) MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 33.

Dans le domaine criminel, on distingue généralement trois formes fondamentales de procédure : la forme accusatoire, la forme inquisitoire et la forme mixte. Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure chacune de ces formes peut impliquer un système particulier de preuves. Notons seulement tout de suite que la réaction de la forme générale de l'organisation procédurale sur le système des preuves provient essentiellement de ce que chaque type de procédure comprend, en principe, un ensemble d'institutions caractéristiques (48) qui paraissent de nature à entraîner un certain système de preuves plutôt qu'un autre. C'est ainsi qu'on peut constater que les principes de la procédure accusatoire semblent mieux s'adapter au système de preuve de la conviction, tandis que le système des preuves légales paraît être plus conforme aux caractères de la procédure inquisitoire. Le système mixte, réunissant à la fois des principes empruntés à l'une et l'autre procédure originale, conduit normalement au système de preuves propre au genre de procédure dominant dans cette combinaison.

Notre examen doit tendre par conséquent à déterminer la portée de cette réaction des divers types de procédure sur le système des preuves.

§ 1. — *Effets des principes de la procédure accusatoire.*

31. — La procédure accusatoire implique certains principes caractéristiques se rattachant respectivement à la mise en marche de l'action, à la forme de la juridiction et au caractère de l'instruction. Pour ce qui est du premier

(48) Cf. cependant sur la portée réelle de cette affirmation MITTERMAIER, p. 46 et suiv.

point, le principe est que la recherche et la poursuite du coupable appartiennent exclusivement à l'initiative des parties privées. Par rapport à la juridiction, le système accusatoire, répondant originellement à un certain degré d'organisation sociale et politique où l'accusation est regardée comme une dangereuse atteinte à la liberté individuelle, a été amené à s'harmoniser plus particulièrement avec le principe de la justice populaire, celle-ci étant considérée comme la meilleure garantie d'une justice impartiale et protectrice des libertés en question. Ces mêmes préoccupations d'ordre politique, jointes du reste à l'idée originelle qui ramène le procès pénal à une lutte entre deux parties privées adverses, furent à l'origine des principes de publicité, d'oralité et de contradiction qui caractérisent l'instruction dans la procédure accusatoire.

32. — De toutes ces caractéristiques du système accusatoire, celles concernant d'une part la juridiction populaire, d'autre part l'instruction orale et publique, intéressent plus particulièrement le système des preuves. A ce dernier point de vue, il est évident, en effet, que dans une instruction publique et orale le juge ne saurait rendre une décision autrement que sur les impressions nées du débat, c'est-à-dire sur son intime conviction. L'oralité de l'instruction fait en effet obstacle à la possibilité d'appliquer aux preuves produites les règles minutieuses du système des preuves légales. Seul le système de la preuve morale convient par suite à la procédure orale (49).

(49) Remarquons que la réciproque n'est pas nécessairement vraie. Ainsi l'instruction écrite secrète et non contradictoire peut parfaitement ne pas faire obstacle à ce que le juge puisse se décider d'après sa conviction intime.

33. — Le principe de la justice populaire paraît également de nature à impliquer le même système de preuves. Ce genre de juridiction consiste en effet, dans les sociétés primitives, généralement peu nombreuses, à confier la mission de juger les litiges au peuple entier, au clan ou à la tribu. Dans de pareilles conditions, il est de toute évidence que l'assemblée ainsi réunie ne peut avoir d'autre guide pour sa décision que la voix intime de sa conscience. Il n'est point besoin de noter qu'un système de preuves légales serait certainement inapplicable, voire même incompréhensible, au sein d'un tribunal ainsi composé.

Dans son évolution, le principe de la justice populaire peut bien arriver à se manifester sous la forme d'un véritable tribunal, le plus élémentaire il est vrai, consistant à convoquer les premiers citoyens venus, en qualité de juges (50). Mais quelle que soit la forme qu'il peut revêtir, ce principe demeure toujours le même, tant qu'on n'a pas recours, pour trancher les litiges, à des juges professionnels et réguliers relevant directement du pouvoir, mais bien à de simples particuliers élus spécialement pour chaque cause. C'est ainsi que nous arrivons à considérer l'institution du jury comme la plus moderne manifestation de la justice populaire.

34. — La question se ramène donc en définitive à préciser le rapport du jury avec le système des preuves. A cet égard, il paraît certain que l'institution du jury repose, d'une part, essentiellement sur l'intime conviction et répugne, d'autre part, au système des preuves légales (51).

(50) TISSOT (J.), *Le droit pénal étudié dans ses principes dans les usages et les lois des différents peuples du monde*, t. I, p. 314.

(51) BONNIER, *op. cit.*, p. 107 ; MITTERMAIER, p. 10, 82 et 108.

« Il est hors de doute que la preuve résultant de l'intime conviction est la seule qui puisse être appliquée à l'institution du jury (52). » On est allé même jusqu'à affirmer que le jury implique par définition même ce système de preuve de conviction (53).

Devant pareilles affirmations, il ne nous reste plus qu'à dégager les considérations qui seraient à la base de cette affinité entre le jury et le système de l'intime conviction (54).

Déjà, Beccaria nous avait donné sur ce point une explication qui semble en apparence étrange, mais qui, à la réflexion, nous paraît d'une exactitude rigoureuse : « ... il est plus facile, dit-il, de sentir cette certitude morale d'un délit, que de la définir exactement. C'est ce qui me fait regarder comme très sage cette loi qui, chez quelques nations, donne au juge principal des assesseurs que le magistrat n'a point choisis, mais que le sort a désignés librement ; parce que alors l'ignorance qui juge par sentiment est moins sujette à l'erreur que l'homme instruit qui décide d'après l'incertaine opinion (55). »

Pour Beccaria donc, le jury n'a pas d'autre moyen pour

(52) FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, p. 349.

(53) Cf. TISSOT, *op. cit.*, p. 642. L'auteur définit en effet le jury : « Une assemblée d'hommes qui ne relèvent que de leur conscience, qui n'ont d'autre inspiration à suivre, pour lesquels il n'y a aucune de ces preuves dites légales en face desquelles la conscience du juge devait autrefois abdiquer. »

(54) Nous avons constaté, en effet, que les auteurs se contentent le plus souvent d'affirmer l'étroite corrélation entre le jury et le système de la preuve de conviction sans en donner les motifs. Cela s'explique peut-être par le fait qu'il s'agirait là d'une relation qui va de soi. Il n'en reste pas moins indispensable de déterminer la portée de cette corrélation et d'en expliquer les raisons. Car, quelle que soit la portée de cette corrélation, il ne saurait s'agir d'une évidence dispensant de tout commentaire.

(55) BECCARIA, *Des délits et des peines*, 2^e éd. (introduction et commentaire par FAUSTIN HÉLIE), p. 34.

juger que de décider d'après ses sentiments, et cela à cause de son ignorance. Cette explication n'a rien d'extraordinaire ; car c'est un phénomène bien remarquable qu'à la différence de l'homme instruit, qui ne peut le plus souvent apprécier les faits sans essayer de se baser sur des règles, des principes et des théories qu'il puise dans ses connaissances, l'homme ignorant, à qui manquent précisément ces connaissances, ne peut s'appuyer dans son appréciation des faits que sur le bon sens et l'inspiration instinctive, autrement dit sur sa conscience et son intime conviction.

Il faut remarquer d'ailleurs que l'ignorance du jury sous ce rapport ne signifie point nécessairement son manque total de tout savoir, un état inférieur d'intelligence ou bien des lumières limitées. Elle signifie tout simplement son défaut de connaissances juridiques particulières.

L'explication de Beccaria devient de la sorte d'autant plus compréhensible que le jury est appelé à résoudre principalement une question de pur fait : la question de culpabilité. Car cette question n'est en réalité qu'une question de conviction dont la solution n'exige pas de connaissances juridiques spéciales (56). Il ne s'agit ici, en effet, « que de faire un usage convenable de ce sens intime qui guide vers la vérité tous les hommes ; il ne s'agit que de décider, d'après les impressions nées du débat, si l'accusé est ou non coupable (57) ».

Le raisonnement de Beccaria n'est donc pas du tout à

(56) GARRAUD, *op. cit.*, n° 10, p. 13.

(57) MITTERMAIER, p. 38. Cf. également BONNIER, n° 605, p. 518. Il affirme que la véritable mission du jury « consiste à discuter les témoignages et documents sur lesquels on peut se former une conviction, indépendamment de tout principe de droit ».

écarter (58). Bien au contraire, il nous explique, d'une façon générale, l'étroite corrélation entre la justice populaire sous quelque forme qu'elle se présente et le jugement par intime conviction. Des juges populaires sont en effet, par définition même, des citoyens choisis au hasard pour remplir la mission de juger. Ils sont donc présumés ignorer toute connaissance juridique particulière et ils sont en fait, le plus souvent, dans cette ignorance. Dans ces conditions, ils n'ont d'autre moyen pour juger que celui de scruter leur conscience, pour en recevoir les impressions que l'instruction et les débats sont susceptibles d'y laisser.

Cette corrélation peut s'expliquer encore par des considérations tenant à la non-conformité du système des preuves légales avec l'institution du jury (59).

Il s'agit tout d'abord d'une question d'incompatibilité entre les deux institutions. Le jury n'est pas en effet en état de se livrer au travail de vérification, de rapprochement des règles et conditions aussi minutieuses que compliquées qu'exige le système des preuves légales. « Il faut

(58) Voir cependant FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1776, p. 350, qui paraît ne pas admettre ce raisonnement. « Ce n'est pas à raison de l'état de l'intelligence du juré, à raison de ses lumières relatives, dit-il, que le jugement est abandonné à sa propre conviction, c'est parce que cette conviction est la seule voie de connaître la vérité, autant qu'il est donné à l'homme de le faire. » Nous remarquons seulement que, d'une part, l'ignorance du jury évoquée par Beccaria ne doit pas être, comme nous l'avons souligné plus haut, entendue dans le sens d'un état inférieur d'intelligence ou de lumières relatives. D'autre part, l'explication énoncée par l'auteur peut valoir comme raison pour préférer la preuve morale à tout autre système de preuve, mais point comme motif de son rapport avec le jury plus particulièrement. Et c'est pour cela justement que l'auteur cherche, dans la suite, à l'étendre au juge également.

(59) Cf. ESMEIN, *op. cit.*, p. 436.

avouer, dit Bonnier, que le jury n'est guère apte à la vérification des preuves légales, dont la validité est subordonnée à l'existence de conditions toutes techniques (60).»

Cela est d'ailleurs d'autant plus compréhensible que l'application des règles du système des preuves légales réclame un certain savoir juridique dont les juges populaires manquent précisément, comme nous l'avons noté (61).

D'autre part, appliqué au jury, le système légal serait inefficace. Ce système entraîne en effet, comme garantie indispensable, l'obligation pour le juge de motiver sa conviction, c'est-à-dire de rendre compte des preuves légales qui ont pour effet forcé d'établir chez lui la certitude légale (62). C'est en effet, le seul moyen de contrôler le juge dans son application, à cet égard, des prescriptions de la loi. Or, il serait impossible, ou du moins infiniment compromettant, pour le jury, qui répond par oui ou non au moyen d'un vote, de donner ses motifs de conviction. Dans ces conditions, les prescriptions du système des preuves légales deviendraient, par rapport au jury, manifestement illusoires. Car, n'ayant pas à motiver son verdict, ou plutôt ne pouvant pratiquement pas le faire, le jury pourrait toujours se soustraire à ces prescriptions légales, sans que personne puisse le contrôler (63).

Si donc le système légal ne peut pas convenir au jury parce qu'il est ou bien incompatible ou bien inefficace, il est évident qu'il ne reste alors que le système de la preuve de conviction.

(60) BONNIER, n° 605, p. 518.

(61) Cf. ESMEIN, *ibid.*, et MITTERMAIER, p. 82.

(62) MITTERMAIER, *ibid.*

(63) Cf. GARRAUD, t. I, p. 511 ; MITTERMAIER, p. 109 ; ESMEIN, p. 437.

35. — Pourtant, une dernière remarque s'impose. C'est que, s'il est vrai que le jury répugne ainsi au système des preuves légales, et qu'il ne puisse par suite ne s'accommoder que de la preuve de conviction, il n'en demeure pas moins concevable que cette conviction puisse être basée sur autre chose que de pures impressions mal définies. Elle pourrait ainsi être fondée sur des règles que la loi prescrirait à titre de conseils, en vue de guider les jurés dans leur appréciation des faits et leur constatation de la vérité, sans que cela constitue un système de preuves légales à eux appliqué (64). Et nous verrons en effet, dans notre prochaine étude comparée, que certaines législations ont pu concilier dans une appréciable mesure l'institution du jury avec des règles prescrites par la loi relativement aux preuves.

Cela ne change rien pourtant à la conclusion qu'il faille tirer de tout cet exposé. Nous pouvons en effet affirmer, à présent, que le jury, qui représente la survivance de l'idée de la justice populaire, conduit normalement au système de la preuve de conviction, par sa nature propre ainsi que par la nature de sa mission, et par sa répugnance vis-à-vis de la preuve légale telle que nous l'entendons.

Il faut conclure par suite également que la procédure accusatoire qui consacre précisément le principe de la justice populaire ainsi que l'oralité et la publicité de l'instruction, implique décidément, quant aux preuves, le système de l'intime conviction.

(64) Cf. ESMEIN, *ibid.*, et surtout MITTERMAIER, p. 122, 123 et note p. 129.

§ 2. — *Effets des principes de la procédure inquisitoire.*

36. — La procédure dite inquisitoire répond à une idée fondamentale diamétralement opposée à celle qui se trouve à la base du système accusatoire. Elle consiste en ce que la poursuite et la répression des délits sont considérées comme une affaire d'Etat, intéressant la société tout entière, et devant par suite appartenir au pouvoir social (65). Aussi cette idée principale a-t-elle donné naissance à d'autres principes, relativement à la forme des juridictions et au caractère de l'instruction.

Dans un premier ordre d'idées, le pouvoir social, s'occupant de la poursuite des délinquants et du jugement des délits, est amené tout naturellement à instituer des organismes réguliers pour enquêter et pour juger. Ainsi, à la place des juges populaires, choisis par les parties dans la procédure accusatoire, le pouvoir social délègue des juges qui sont à la fois des légistes, c'est-à-dire des magistrats professionnels, et des fonctionnaires permanents.

Dans un second ordre d'idées, le but du pouvoir étant plutôt de satisfaire aux nécessités de la répression sociale, le juge se voit accorder une très grande liberté d'action dans son investigation et sa recherche des preuves, en procédant à une instruction secrète, écrite et non contradictoire.

37. — Ce double caractère de la procédure inquisitoire : la magistrature permanente et l'instruction par voie d'inquisition ne peut que mener tout droit au système des

(65) MITTERMAIER, p. 39.

preuves légales (66). C'est que, d'une part, l'intervention de la loi pour réglementer ainsi la magistrature et l'instruction rend inévitable une autre intervention complémentaire dans le domaine des preuves afin d'y établir certaines bases reconnues par l'expérience comme sources véritables de la certitude. Le poids du pouvoir central se fait ainsi sentir partout dans l'organisation du procès pénal.

D'autre part, une réglementation légale rigoureuse des preuves est d'autant plus indispensable que le pouvoir du juge permanent devient redoutable du fait de l'inquisition, dont les traits saillants sont originellement l'enquête secrète et l'emploi de la *question* ou torture (67).

Le système des preuves légales constitue donc, dans l'intérêt même de la défense, un contrepoids nécessaire, qui a pour but de limiter l'immense pouvoir du juge dans la procédure inquisitoire (68).

38. — Il est à noter enfin que, de même qu'il existe une corrélation entre la justice populaire et le système de la preuve de conviction, il existe, en sens inverse, un certain rapport entre la magistrature permanente et le système des preuves légales. On semble même affirmer que la magistrature professionnelle et permanente conduit par sa nature à la formation d'un système légal de preuve. « Lorsque, pendant longtemps, un corps de magistrats permanents a seul administré la justice criminelle, la formation lente d'un système de preuves légales est inévitable, et si, par impossible, le jury disparaissait de nos lois, on pour-

(66) DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 1018.

(67) GARRAUD, t. I, n° 14.

(68) ESMEIN, p. 260.

rait s'attendre à voir reparaître cette subtilité et cette casuistique, qui sont aujourd'hui si loin de nous (69). »

Cela s'explique peut-être par le raisonnement inverse de celui que Beccaria nous a donné à la base de la relation du jury avec le système de la preuve de conviction. Il est en effet tout à fait compréhensible qu'à force d'être constamment versés dans la science juridique, les magistrats professionnels finissent par ne pouvoir plus rendre leurs décisions sans ramener les faits à des règles et à des principes préétablis. En acquérant l'habitude de ces principes fixes, ils perdent cette inspiration instinctive et ce sens intime qui font que le juge populaire *sent* la vérité bien plus qu'il ne peut la définir exactement. Ils deviennent pour ainsi dire les esclaves de leur propre savoir et de leur érudition. De sorte que s'ils ne se trouvaient pas déjà en présence d'un système minutieux et compliqué de preuves légales devant enchaîner leur conscience et satisfaire leur appétit professionnel, ils ne manqueraient pas d'en créer un de leur propre initiative.

Quoi qu'il en soit, il est certain que le développement du système des preuves légales a coïncidé historiquement avec le progrès de l'institution des juges professionnels et permanents (70).

A la vérité, cette corrélation entre la magistrature permanente et le système des preuves légales doit s'expliquer surtout par des considérations tirant leur origine d'une certaine méfiance que le magistrat professionnel peut inspirer au législateur, même indépendamment du pouvoir redoutable que le juge est susceptible d'acquérir

(69) *Ibid.*, p. 261.

(70) *Ibid.*, pp. 260 et 261 ; BONNIER, n° 131, p. 108.

par l'effet des caractères et des procédés particuliers de la procédure inquisitoire. C'est que, en effet, les magistrats réguliers ne présentent aucune des garanties qu'offre généralement la juridiction populaire du jury (71). Aussi est-il naturel que le législateur soit amené, chaque fois qu'il vient à confier la décision de la question de fait à des juges réguliers, à ériger en règles d'appréciation des preuves certains principes consacrés par l'expérience usuelle, limitant ainsi d'autant la liberté de jugement de ceux-ci (72).

39. — Mais, si le système des preuves légales paraît ainsi ne pouvoir s'adapter qu'à l'institution des juges réguliers, il ne faudrait pourtant pas en conclure que ce système soit inévitablement indispensable à la magistrature permanente, à l'exclusion du système de la preuve par l'intime conviction. Ce dernier système est en effet, comme nous l'avons précédemment souligné, le seul système naturel pour découvrir la vérité et constater la certitude. Il est par suite susceptible de se voir appliquer au magistrat régulier tout comme au juge populaire. Et s'il est vrai que l'intime conviction est la seule conforme à l'institution du jury, il ne s'ensuit pas

(71) Cf. MITTERMAIER, p. 53 : « ... par la nature même de leur situation, dit-il, par leur indépendance si complète, et aussi par cette vive sympathie qu'il faut leur supposer toujours en faveur de l'accusé, les jurés fournissent des garanties politiques impossibles à rencontrer chez le juge régulier. »

(72) Cf. *ibid.*, p. 10, et surtout note p. 101 et 102. L'auteur considère en effet que le système des preuves légales constitue une garantie indispensable qui, par rapport au juge régulier, tient la place des garanties politiques attachées à l'institution du jury. « Il n'est pas possible, dit-il, d'accorder, sans condition, pleine confiance à des juges en qui ne se retrouvent pas ces garanties qui font le jury si populaire ».

qu'elle doive être circonscrite dans cette juridiction exclusivement ; car il n'y a pas deux modes de certitude, l'un pour les jurés, l'autre pour les juges (73).

Nous venons de constater en effet que le rapport entre les juges réguliers et le système des preuves légales tient principalement à la méfiance que le législateur ressent le plus souvent à leur égard. Si donc le législateur n'a pas de raison de redouter l'arbitraire éventuel de ses juges réguliers, il peut très bien leur appliquer le système de la preuve de conviction au même titre qu'aux jurés.

C'est d'ailleurs ce que confirment et l'histoire et l'expérience. S'il est vrai en effet que le développement du système légal a coïncidé avec le progrès de l'institution des juges réguliers, il n'en est pas moins certain que l'expérience, soit dans le passé soit dans le présent, montre — comme nous le verrons par la suite — la parfaite possibilité d'adapter à ces juges le système de la preuve par l'intime conviction (74).

Nous voulons affirmer, en définitive, qu'il n'existe pas entre la magistrature permanente et le système de la preuve de conviction une incompatibilité comparable à celle qui existe entre le jury et le système des preuves légales (75). Quant à la tendance des magistrats professionnels à se laisser enchaîner par les règles, elle ne saurait prouver cette incompatibilité non plus qu'un rapport nécessaire avec le

(73) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1776, p. 349.

(74) BONNIER, pp. 108 et 109.

(75) Cf. cependant GARRAUD, t. I, n° 250, p. 503 ; et surtout MITTERMAIER, p. 143 et suiv. Ce dernier auteur paraît en effet ne pouvoir concevoir cette application de l'idée de l'intime conviction aux juges réguliers de la même façon qu'au jury. Il conclut par suite à la nécessité de renfermer toujours les juges réguliers dans les limites d'un système de preuves légales.

système des preuves légales. Il ne faut y voir, en réalité, qu'une aberration, assez semblable à la déformation professionnelle, à laquelle il est du devoir des magistrats autant que du législateur d'obvier, lorsque ce dernier s'est résigné à leur demander de ne se décider que d'après leur intime conviction dégagée de toute règle préconçue.

La conclusion à tirer de tout ce qui précède est donc que la magistrature permanente conduit normalement, lorsqu'elle est réunie aux autres principes originaux de la procédure inquisitoire, à l'établissement d'un système de preuves légales. Si, par contre, on venait à retenir, de toutes les institutions de cette procédure, la seule juridiction professionnelle et permanente, rien ne s'opposerait alors à ce que celle-ci puisse s'adapter au système naturel de la preuve par l'intime conviction du juge.

C'est du reste ce qui arrive généralement dans la procédure dite mixte dont nous allons nous occuper.

§ 3. — *Effet des principes de la procédure mixte.*

40. — On peut, en réalité, appeler procédure mixte tout système éclectique de procédure, réunissant à la fois des éléments accusatoires et des éléments inquisitoires. Cependant, on réserve généralement cette dénomination pour désigner la procédure mixte telle qu'elle fut formulée et systématisée, pour la première fois, par le Code français d'instruction criminelle de 1808.

Dans ce système on distingue, en principe, deux périodes du procès pénal :

1^o Période préliminaire, qui comprend l'accusation et l'information préalable. Cette phase du procès est dominée, dans l'ensemble, par des principes inquisitoires, en ce

sens que l'accusation et la poursuite sont confiées à des magistrats spécialisés, et que l'instruction préalable est écrite, plutôt secrète et non contradictoire (76).

2^o Période définitive, où se déroule l'instruction principale ou définitive, aboutissant au jugement. Cette dernière phase du procès est dominée au contraire par des principes accusatoires : l'oralité, la publicité et la contradiction. Elle ne retient des principes inquisitoires que le fait de confier le jugement à des juges professionnels, soit concurremment avec des jurés, pour les infractions les plus graves, soit exclusivement, pour le reste des infractions.

41. — Par rapport au système des preuves, il est à peine besoin de remarquer que pareille combinaison ne saurait produire une réaction particulière. Nous savons en effet que c'est surtout quand il s'agit de prendre une décision définitive dans le procès qu'il faut chercher le système des preuves qui régit la question de la vérité et de la certitude chez le juge. C'est donc la phase définitive, c'est-à-dire la phase du jugement, qui, dans la procédure mixte, imprime son cachet au système des preuves. Or, cette phase est, comme nous venons de le voir, imprégnée de principes presque tout à fait accusatoires. Aussi conduit-elle logiquement au système de la liberté des preuves et de l'intime conviction. Quant à l'institution des juges réguliers, nous savons déjà qu'elle ne saurait, à elle seule, s'opposer à cette conclusion.

(76) Nous remarquons que cette phase du procès pénal est encore d'autant plus inquisitoire qu'elle admet l'instruction préalable que le procès accusatoire ne connaît pas, et qui constitue au contraire l'une des principales caractéristiques du système inquisitoire. Cf. MITTERMAIER, p. 45.

CONCLUSION.

42. — Nous en avons terminé avec l'exposé des principales considérations susceptibles d'avoir, de près ou de loin, quelque influence sur le système des preuves. Toutes ces considérations n'ont pas évidemment, comme nous avons pu nous en apercevoir, la même importance. La forme de la procédure, notamment la forme de la juridiction, paraît en effet être la seule à exercer un effet direct et tangible sur le système des preuves. Cela est, du reste, largement confirmé par l'expérience. Ainsi, l'étude de l'histoire du droit, relativement au système des preuves, permet de constater, presque constamment, le double enchaînement que nous venons de mettre en relief entre la procédure accusatoire et la preuve de conviction d'une part, et entre la procédure inquisitoire et la preuve légale d'autre part.

A l'heure actuelle, on ne rencontre, certes, presque nulle part ni l'un ni l'autre de ces deux types de procédure dans leur organisation historique originale. Ils n'en font pas moins sentir cependant leur effet sur le système des preuves, dès que leurs principes caractéristiques paraissent dominer l'organisation procédurale dans une législation donnée. C'est exactement ce que nous avons constaté dans la procédure dite mixte, telle qu'elle est organisée dans le code d'instruction criminelle français. La phase du jugement y est régie, en effet, par des principes plutôt accusatoires, et nous verrons plus tard que c'est bien le système de la preuve de conviction qui domine la législation française actuelle. Une étude comparée du système des preuves, dans les autres législations contemporaines, aboutit d'ailleurs à la même affirmation. L'incursion à laquelle nous allons procéder dans l'espace et dans le temps illustrera davantage toutes ces constatations.

CHAPITRE III

L'évolution du système des preuves depuis l'antiquité jusqu'à nos jours.

43. — Les diverses considérations que nous venons d'examiner, dans le précédent chapitre, permettent de conclure que le système des preuves a forcément dû changer d'époque en époque à travers l'histoire, et même qu'il varie dans l'espace de législation en législation, suivant précisément le degré d'influence qu'ont pu exercer à cet égard les unes ou les autres de ces considérations.

Dans ce chapitre, nous tâcherons de suivre cette évolution du système des preuves en remontant aux législations de l'antiquité pour en arriver à celles en honneur à l'époque actuelle. A cet effet, nous distinguerons, suivant un ordre chronologique, quatre groupes de législations :

- 1^o Les législations de l'antiquité ;
- 2^o Le droit romain ;
- 3^o Les législations du Moyen Age et l'ancien droit français ;
- 4^o Le droit moderne et les législations contemporaines.

Une section va être consacrée à chacun de ces groupes respectivement.

SECTION I. — LES LÉGISLATIONS DE L'ANTIQUITÉ.

44. — Image approximative de la société humaine la plus primitive. La justice personnelle ou vengeance, d'abord individuelle puis collective, basée sur des sentiments et des impressions intuitives. Aucun véritable système de preuves ne serait à chercher.
45. — Le système des preuves dans la législation hébraïque. Quelques règles de preuve légale combinées avec le principe de la liberté du juge. Un système *mixte* serait à envisager.
46. — Le système de l'Égypte pharaonique. Prédominance du principe de la preuve de conviction malgré l'existence de quelques pratiques à tendance légale.
47. — Le système de l'ancienne Grèce. Prédominance de la preuve de conviction, favorisée par le principe de la justice populaire.
48. — D'une façon générale, l'idée de la preuve morale serait la seule concevable dans les législations de l'Antiquité.
-

Parmi les législations de l'Antiquité au sujet desquelles nous possédons quelques renseignements, nous choisirons plus particulièrement les trois principales, que représentent les trois grandes civilisations ayant dominé chacune dans l'un des trois grands continents : la Judée en Asie, l'Égypte pharaonique en Afrique, l'ancienne Grèce en Europe.

44. — Mais avant d'aborder l'examen de ces législations antiques, il convient d'évoquer l'image approximative de la société humaine la plus primitive, celle de l'état de nature et où la seule façon concevable de pratiquer la justice ne pouvait être autre que celle de la justice personnelle ou vengeance (77).

(77) TISSOT, *op. cit.*, p. 312.

Dans une telle société, où l'on ne rencontre point d'autorité publique régulière et par suite pas de pouvoir judiciaire ni tribunaux, celui qui se sentait lésé ou offensé n'avait d'autre moyen pour obtenir satisfaction que de se faire justice lui-même en donnant libre cours à ses réactions. Dans de semblables conditions, chaque individu pouvait donc, à l'occasion, s'arroger la plénitude de la fonction judiciaire avec toutes les modalités qu'elle pouvait impliquer. Ainsi, pour ce qui est du domaine criminel, qui se confondait d'ailleurs à cette époque de l'histoire avec le domaine civil, l'offensé poursuivait tout seul son offenseur après s'être renseigné sur la réalité, la nature et la gravité de l'offense, ainsi que sur l'identité de ce dernier, et lui infligeait alors la répression ou la vengeance qu'il estimait opportune.

De toutes les étapes de cette procédure primitive, qui se déroulait du reste dans un ordre beaucoup plus simpliste, nous ne retiendrons que celle qui nous intéresse, dans laquelle l'offensé cherchait à se fixer sur l'identité de son offenseur.

Dans cette voie, à moins d'un véritable flagrant délit, qui ne pouvait laisser aucun doute sur l'identité du coupable, il est facile de deviner que l'offensé n'allait juger que d'après ses impressions personnelles, qui pouvaient être aussi bien exactes que trompeuses. Mais, étant donné l'étendue très limitée du territoire, et le nombre encore plus restreint de la population, ainsi que la simplicité primitive de toutes les conditions de vie, ces impressions intuitives ne pouvaient être, le plus souvent, que très conformes à la vérité.

D'abord individuelle, la vengeance privée prit, à des époques un peu moins reculées de l'histoire, avec la naissance du sentiment de solidarité dans la famille ou la tri-

bu, une forme collective. Sous cette nouvelle forme, le règlement de la vengeance s'effectuait entre les familles, les tribus ou les clans de l'offensé d'une part et ceux de l'offenseur de l'autre ; c'étaient alors des guerres civiles en quelque sorte qui s'engageaient (78). Dans ces conditions, on comprendrait très bien que, même avec une extension relative du territoire et de la population, la découverte du responsable ne provoquât guère de difficulté, du moment qu'il s'agissait le plus souvent, non pas nécessairement de découvrir le coupable même qui avait perpétré le crime, mais plus simplement de désigner la famille ou la tribu à laquelle il appartenait. On comprendrait également que dans cette désignation, la tribu offensée s'inspirât de ses propres impressions, qui pouvaient être basées sur les indices les plus futiles, ne fût-ce même que de purs antécédents d'hostilité, aussi bien que sur les preuves les plus concluantes.

Ce qu'il convient donc de souligner dans cette nouvelle pratique de la vengeance privée, c'est que, là encore, on ne pouvait se décider sur la vérité des faits se rapportant à la culpabilité, autrement que sur des sentiments et sur des impressions improvisés.

Il est à présumer, d'autre part, que chez certains peuples primitifs on eut quelquefois l'idée de recourir, pour trancher les litiges, à un oracle divinatoire ou à une pratique analogue quelconque dont le résultat devait s'imposer irréfutablement. Le rôle de ceux qui pouvaient alors prendre figure de juges ou d'arbitres devait consister uniquement

(78) GARRAUD, t. I, p. 106 ; TISSOT, *op. cit.*, pp. 552 et suiv. La *vendetta* corse, qui n'est pas si loin de nous, ni dans l'espace ni dans le temps, est à rapprocher de semblables mœurs.

en une simple constatation de la réponse de l'oracle, sans se préoccuper même de suivre, leurs propres impressions.

Il ne faut cependant pas voir dans de semblables pratiques les indices d'une tendance vers le système des preuves légales. Le recours par les peuples primitifs à la divinité ou au jeu du sort devait en effet être limité au seul cas où on ne pouvait se procurer de preuves directes de la culpabilité, c'est-à-dire en dehors du cas de flagrant délit. Dans ces conditions il s'agissait donc en réalité d'une sorte de substitution exceptionnelle de la justice de Dieu à celle des hommes.

Dans ce genre de société primitive, il est par suite préférable de ne chercher aucun système de preuves. On ne saurait surtout parler d'un système de preuves légales. A la rigueur peut-on, au contraire, envisager une sorte de preuve de conviction se présentant dans sa forme la plus primitive. Car il convient de remarquer, dès à présent, que la preuve par l'intime conviction, telle que nous la concevons, ne signifie aucunement, comme nous le précisons plus tard, le recours aux sentiments ou aux impressions personnelles improvisées.

Passant maintenant à des sociétés plus organisées, connaissant une certaine civilisation et faisant figure de véritables Etats constitués — telle la Judée, l'Egypte pharaonique et l'ancienne Grèce — nous espérons au contraire pouvoir dégager une tendance plus précise vers un système de preuves organisé. Nous ne nous faisons cependant aucune illusion à ce sujet, étant donné les obscurités qui enveloppent les institutions judiciaires de ces civilisations très anciennes. Aussi, en nous bornant à un exposé très succinct, nous procéderons le plus souvent par voie de dé-

duction, en partant de certaines données plus ou moins déterminantes (79).

45. — Dans la législation hébraïque, celle qui a dû exercer une forte influence sur l'esprit des législations européennes (80), on rencontre certaines règles de preuve qui font immédiatement penser à un véritable système de preuves légales. Trois de ces règles sont en effet tout à fait caractéristiques. En premier lieu, le discrédit qui frappait l'aveu isolé de l'accusé lui-même, de façon qu'il ne puisse, à lui seul, motiver une condamnation. La règle, d'autre part, qui faisait défense au juge de condamner sur un témoignage unique. La règle enfin qui rejetait la preuve par les indices. On reconnaît là, en effet, quelques-unes des principales règles qui caractérisaient le système des preuves de l'ancien droit français que nous avons exposé précédemment à titre de modèle parfait du véritable système des preuves légales.

Il paraît cependant que, malgré les précédentes règles, on ne peut affirmer le caractère légal du système des preuves chez les Hébreux. Cela résulte tout d'abord de la forme éminemment orale qu'on tenait à suivre dans l'instruction des procès, en vue précisément d'accorder aux juges une suffisante latitude pour découvrir la vérité par tous les moyens (81). Cette liberté des juges dans la recherche de la vérité est confirmée, d'autre part, par une certaine recommandation que leur faisait Moïse de « peser scrupuleusement les témoignages » ; ce qui porte à croire

(79) Pour nos renseignements sur les législations de l'antiquité, nous avons pris comme source principale, THONISSEN, *Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, 1869-1875.

(80) *Ibid.*, t. I, p. 183.

(81) *Ibid.*, t. II, p. 1 et suiv.

que la règle de l'insuffisance du témoignage unique ne constituait qu'une sage précaution, mais que la valeur probante des témoignages relevait en dernier lieu de la libre appréciation du juge. On peut également rapprocher de cette précaution les deux autres règles concernant la preuve indiciale et l'aveu de l'accusé.

Nous sommes conduit de la sorte à voir dans le système des preuves chez les Hébreux une sorte de système consacrant principalement l'idée de la liberté du juge et le principe de l'intime conviction, sous la réserve pourtant de certaines précautions éminemment dérogoires. Ceci est à rapprocher en définitive, de ce que nous avons appelé *le système mixte de preuves* (82).

46. — Dans l'Egypte pharaonique, la justice était confiée à des juridictions régulières dont les magistrats étaient des prêtres (83). Les divers moyens de preuve en vigueur

(82) On peut rapprocher de ce système également, le système des preuves dans la législation de l'Inde brahmanique. On y trouve en effet tout en honneur le principe de la libre appréciation du juge. Cela ressort des conseils que Manou, législateur sacré des Hindous, adresse au juge pour la direction de l'enquête. « Le magistrat, porte une loi de Manou, doit découvrir ce qui se passe dans l'esprit des témoins, par le moyen des signes extérieurs de la pensée, c'est-à-dire par le son de leur voix, la couleur de leur visage, leur maintien, l'état de leur corps, leur regard et leurs gestes ; car d'après le maintien, la démarche, les paroles, les mouvements des yeux et du visage, on devine le travail intérieur de l'âme. » (Cité dans THONISSEN, t. I, p. 28.) A ce principe la législation brahmanique apporte cependant de graves exceptions. Telles sont, tout d'abord, les règles sur l'insuffisance du témoignage unique, et la nécessité de s'attacher, au contraire, au rapport du plus grand nombre. Telle est ensuite la preuve par les épreuves judiciaires qu'on admettait dans des cas exceptionnels. (Cf. *ibid.*, pp. 30 et suiv.)

(83) Tels furent les tribunaux ordinaires. Il existait à côté de ces juridictions, des tribunaux domestiques exceptionnels dont le juge était le chef de famille.

de nos jours étaient de même en usage devant ces tribunaux. Mais on connaissait, en plus, la torture et même le jugement de Dieu ou ordalie, qui cependant ne s'accompagnait pas de tourments infligés à l'accusé. L'existence de ces dernières pratiques chez les Egyptiens de l'Antiquité serait de nature à nous faire croire que ceux-ci penchaient plutôt vers une sorte de système de preuves à tendance légale, puisqu'à l'aide de tels moyens on tentait assurément d'obtenir des résultats déterminés, indépendamment de la conviction du juge.

Cependant, on constate d'autre part qu'à l'âge pharaonique, les Egyptiens n'admettaient devant leurs tribunaux que l'instruction par écrit. Or, l'explication que Diodore de Sicile donne de cette mesure, montre de toute évidence qu'il s'agissait en réalité d'un système de preuves morales, dans lequel le juge était laissé libre de décider selon son intime conviction qu'on cherchait précisément à protéger contre certaines influences qui l'eussent faussée dans le débat oral (84).

Ainsi, partant d'un principe opposé à celui des Hébreux, les Egyptiens visaient pourtant un but identique : celui d'assurer la liberté du juge dans la découverte de la vérité.

(84) « Les Egyptiens, dit Diodore de Sicile, étaient d'opinion que les avocats ne faisaient qu'obscurcir les causes par leurs discours et que l'art de l'orateur, la magie de l'action et les larmes de l'accusé entraînaient souvent le juge à fermer les yeux sur la loi et la vérité. Il n'est pas rare, en effet, de voir les magistrats les plus exercés se laisser séduire par la puissance d'une parole trompeuse, visant à l'effet et cherchant à exciter les compassions. Ils croyaient mieux juger une cause en la faisant mettre par écrit et en la dépouillant des charmes de la parole. De cette manière, les esprits prompts n'ont aucun avantage sur ceux qui ont l'intelligence plus lente, les hommes expérimentés ne l'emportent pas sur les ignorants, ni les menteurs et les effrontés sur ceux qui aiment la vérité et qui sont modestes. »

Là est le principe essentiel. Le fait donc qu'on avait parfois recours à la torture pour obtenir l'aveu de l'accusé, ou même au jugement de Dieu, ne doit être regardé que comme une simple exception à ce principe.

47. — Dans l'ancienne Grèce, on connut plusieurs sortes de juridictions criminelles qui furent toutes dominées par le principe de la participation des citoyens aux jugements. Ainsi, le tribunal des *hélistes* ou l'Héliée, qui fut la juridiction commune des Athéniens en matière criminelle, se composait des citoyens eux-mêmes, qui s'y groupaient en un nombre considérable (85).

Or, nous savons déjà qu'un tribunal populaire, composé d'un si grand nombre de citoyens, ne peut — pas plus qu'une tribu primitive se constituant à l'occasion en cour de justice — baser ses jugements autrement que sur des éléments de preuve morale.

Il faut noter cependant que le législateur attique connut la torture, ainsi que les ordalies qui furent en Grèce de véritables épreuves judiciaires accompagnées de tourments infligés à l'accusé. Mais, pas plus qu'en Egypte pharaonique, ces procédés ne heurtaient le principe fondamental de la preuve morale. En effet, les résultats de la torture n'avaient rien de décisif et étaient soumis, comme d'ailleurs tous les témoignages, à une discussion ultérieure. Les épreuves judiciaires étaient, d'autre part, des procédés exceptionnels auxquels on recourait rarement.

48. — Nous sommes ainsi amené à terminer ce bref

(85) A côté de ces juridictions de droit commun, il existait d'autres juridictions à caractère plus spécial ; tel l'Aréopage et le tribunal des éphètes. Ces juridictions furent également dominées par le principe de la justice populaire.

exposé par cette constatation que, d'une façon générale, l'idée de la preuve morale paraît avoir été la seule concevable dans les législations de l'antiquité. Cela est d'ailleurs fort compréhensible, du moment que la preuve morale représente un principe naturel et instinctif qui a dû par conséquent régir les sociétés primitives, par la force même d'une loi naturelle. Ce n'est qu'à des époques moins reculées que ce principe dut se voir altéré, ou même remplacé par le principe des preuves légales, sous les influences les plus diverses, comme nous le verrons par la suite.

SECTION II. — LE DROIT ROMAIN.

- 49 — A l'époque des Rois : le principe de la libre appréciation des juges serait le seul à envisager.
50. — Sous la République : le principe de la preuve de conviction au sein des *comices* et des *quaestiones perpetuae*, juridictions toutes basées sur le principe de la justice populaire. Aucune trace de preuves légales.
51. — Sous l'Empire : tendance de plus en plus marquée vers les preuves légales, parallèle à la disparition de la justice populaire et à l'instauration de la magistrature professionnelle permanente. L'existence au Bas-Empire de certaines règles de preuve obligatoires pour le juge : la règle *Testis unus, testis nullus*.
52. — La preuve de conviction demeure, même sous l'Empire, le principe caractéristique du droit romain ; les quelques règles du Bas-Empire ne sont que des exceptions. Avec ces exceptions un système *mixte* serait à envisager.
-

49. — Les premiers siècles de Rome, l'époque des Rois notamment, ont ceci de commun avec les civilisations antiques qu'ils restent enveloppés d'obscurité sur les détails du système judiciaire et de la procédure criminelle

en particulier. On peut soutenir cependant, qu'à ces âges reculés et de même que dans les législations de l'antiquité que nous venons de passer en revue, la règle que la preuve ne liait pas strictement le juge et n'avait qu'une force morale qu'il pouvait apprécier demeurait le principe général. Il faut supposer en effet que les Rois, qui s'emparaient en principe de la juridiction criminelle, comme d'ailleurs de tout autre pouvoir, ne s'étaient pas posé de règles strictes à suivre dans leur appréciation des éléments de conviction et dans leur décision sur la culpabilité des prévenus. On pourrait même soutenir, qu'à moins d'intervention d'un certain conseil à côté du Roi, le jugement des causes criminelles était plutôt laissé à l'arbitraire, voire au caprice de celui-ci.

De même, les *duumvirs* ou questeurs, auxquels le Roi aurait délégué le pouvoir de statuer sur les affaires criminelles dans certains cas, n'avaient à leur disposition d'autre règle que celle de la raison et du jugement d'après la conviction intime, aucune trace ne permettant en effet de présumer qu'ils devaient attacher une importance déterminée à telle ou telle preuve.

50. — Sous la République, la juridiction criminelle passa en définitive à des assemblées populaires ou *comices*. Ainsi, nous retrouvons à Rome à peu près le même genre de justice populaire que celle rencontrée à Athènes. Le principe qui devait dominer cette justice populaire, quant à la preuve, demeure donc le même que celui que les tribunaux d'Athènes avaient dû appliquer : seule la conviction ou plutôt *la volonté suprême du peuple* était chose possible dans ces assemblées (86). Et de fait, rien n'est plus affir-

(86) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, p. 331 ; MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 10.

matif à cet égard que de savoir que les *comices* se prononçaient sur les accusations presque suivant les mêmes formes que sur les lois, c'est-à-dire par voie de vote. Or, par le vote on ne fait qu'exprimer sa conviction intime ; c'est du moins ce qu'il faut supposer.

Plus tard, avec l'accroissement de la population et la multiplicité des procès, les assemblées populaires durent souvent recourir à la délégation de leur pouvoir judiciaire à des magistrats, des *préteurs* le plus souvent, dont la mission d'abord provisoire devint permanente par la suite. C'est ainsi que naquirent les *quaestiones* ou juridictions qui furent de véritables tribunaux, composés, à part le préteur qui en assurait la direction, de *judices* ou jurés. Ces derniers se recrutaient parmi les simples citoyens et siégeaient généralement en nombre assez considérable.

Ainsi donc, avec les *quaestiones* et les *judices* on ne s'était pas beaucoup éloigné du système des *comices*, d'autant plus qu'on continuait, au sein des nouveaux tribunaux, à procéder par suffrage sur la décision à prendre. On s'était au contraire beaucoup plus rapproché des tribunaux d'Athènes et, comme dans ceux-ci, le principe de la preuve de conviction demeurerait dominant (87). Il est certain d'autre part que, devant les *quaestiones*, le témoignage qui fut l'un des principaux moyens de preuve, était laissé à la libre appréciation des juges (88). Cette constatation fut d'ailleurs formulée par la loi elle-même qui demandait au juge de ne pas compter les témoignages, mais de les

(87) MITTERMAIER, p. II : « Les *judices* des *questiones perpetuae* n'étaient autres que des juges populaires qui suivaient leur seule conviction... »

(88) FAUSTIN HÉLIE, t. I, n° 48, p. 55.

peser et de découvrir la confiance qu'ils méritaient (89).

Quant à l'aveu de l'accusé, qui fut le second moyen principal de preuve, il était regardé comme l'une des preuves les plus sûres, au point qu'on a pu remarquer qu'en cas d'aveu l'accusé était toujours aussitôt condamné (90). Mais ce fait ne signifie nullement que l'aveu devait nécessairement entraîner la conviction du juge. En effet, des textes formels faisaient un devoir à celui-ci d'apprécier la valeur réelle de l'aveu (91). Tout au plus peut-on dire que le fait de laisser l'aveu à la libre appréciation du juge n'a pas empêché que cette preuve eût le plus souvent, comme c'est le cas encore de nos jours, une valeur considérable.

Ainsi, à cette époque de l'histoire de Rome, aucun doute ne peut se manifester quant à la prédominance, de l'idée de la preuve morale. Mais nous voulons affirmer en plus, que du temps des *quaestiones perpetuae* jusqu'à la fin de la République, on ne saurait trouver la moindre trace d'une preuve légale.

On a cru pourtant apercevoir, dès cette époque, des tentatives, du moins timides, de preuves légales dans certains faits ou certains textes. Ainsi, on a invoqué tout d'abord la pratique de la torture, alors d'application courante aux accusés comme aux témoins parmi les esclaves, et dont les résultats, a-t-on dit, devaient s'imposer aux *judices* comme probants (92). Or, tel justement n'était pas le rôle que la législation romaine, du moins sous la Répu-

(89) Loi 21, § 3, Dig. *De testibus* : « ... il ne faut pas faire attention au plus grand nombre des témoins, mais à la sincérité de leurs dépositions, et à la lumière qui en résulte en faveur de la vérité. »

(90) MITTERMAIER, note en astérisque, p. 12.

(91) L. 8, Dig. *De conf.* 42, 2 ; L. 1, § 17, Dig. *De quaest.* 48, 18.

(92) MITTERMAIER, p. 11.

blique, assignait à la torture. A cette époque, en effet, la torture était appliquée aux seuls esclaves en vue d'accorder simplement quelque crédit à leurs déclarations, les juges restant libres en dernier lieu d'ajouter ou non foi à ces déclarations (93). Elle jouait donc alors, à l'égard des esclaves, le même rôle que jouait le serment déféré aux hommes libres, sans que le résultat de l'un ou de l'autre procédé eût sur l'appréciation du juge une influence particulière. Par ailleurs, la torture avait pour but d'arracher aux esclaves des aveux ou des témoignages, et ne constituait aucunement d'elle-même un moyen de preuve distinct. Or, nous savons déjà que les témoignages et les aveux étaient laissés en dernier lieu à l'ultime appréciation des juges. Cela paraît du reste être irréfutablement confirmé par des textes formels dont les uns reconnaissent l'incertitude que pouvaient prêter les témoignages et les aveux obtenus par la torture (94), et dont les autres exigeaient l'existence préalable de charges graves contre l'accusé pour autoriser l'application de la torture (95). Ces derniers textes en particulier montrent de toute évidence que la torture ne possédait en elle-même aucune force probante nécessaire, et que le juge puisait au contraire sa conviction dans les autres charges qui devaient la conditionner.

Nous pouvons donc affirmer qu'à cette époque de la législation romaine, on n'accordait à la torture que le rôle d'un moyen d'instruction exceptionnel réservé aux esclaves, et qu'on ne la dotait point d'une force probante particulière devant inévitablement enchaîner la conscience du juge.

(93) FAUSTIN HÉLIE, t. I, pp. 57 et 58.

(94) L. I, § 23, Dig. *De quaest.*

(95) L. I, § 1, L. 20, Dig. *De quaest.*

On a invoqué, en second lieu, quelques textes datant de cette même époque et qui sembleraient de nature à permettre d'affirmer l'existence de la preuve légale en germe. On cite à ce propos les *leges* qui renfermaient des règles spécifiant dans certains cas les personnes admises au témoignage et celles qui en étaient exclues (96).

Nous remarquons cependant qu'à l'examen, ces textes ne paraissent pas renfermer la moindre trace d'une preuve légale. Ces règles qui établissaient des incapacités de témoigner, en déclarant *improbi* certaines catégories de personnes, ne faisaient en vérité qu'édicter une mesure ordinaire de précaution à l'encontre des personnes dont les déclarations en justice seraient, dans certains cas, le plus souvent à soupçonner. A part ces incapables, la libre appréciation du juge demeurerait donc intacte. Il est vrai pourtant que le fait d'exagérer la liste des personnes non admises au témoignage est de nature à limiter d'autant la liberté du juge pour former sa conviction. Or, cela ne se produisit que plus tard, comme nous le constaterons à l'occasion.

51. — Sous l'Empire, une nouvelle tendance dans le système des preuves paraît se dessiner progressivement. On constate en effet, dès les premiers jours de l'Empire, sinon dès les derniers moments de la République, une certaine évolution dans l'ordre des juridictions, dont l'aboutissement inévitable devait être la disparition du principe de la justice populaire, meilleur appui de l'idée de la preuve de conviction, et l'établissement d'une magistrature professionnelle permanente. Les *judices* des *quaestiones perpetuae* d'abord réduits dans leurs attributions

(96) L. 3, § 5, L. 13, 18, Dig. *De testibus*. Cf. MITTERMAIER, p. 11.

par des empiétements successifs, favorisés assurément par l'institution du gouvernement impérial, au profit de la juridiction du Sénat, ou en faveur de la juridiction *extra ordinem* du préteur ou du tribunal du *proefectus urbi*, se virent enfin, sous Dioclétien, catégoriquement écartés par l'abolition de l'*ordo judiciorum* et la suppression de leurs listes annuelles (97). La magistrature permanente du Préfet de la cité et de ses assesseurs, qui remplaçaient peu à peu la juridiction prétorienne, devint donc en fin de compte la juridiction principale en matière criminelle.

D'autre part, à côté de cette évolution dans l'ordre des juridictions criminelles, corollaire naturel du changement dans la forme du Gouvernement, un autre courant d'évolution se faisait parallèlement sentir dans le domaine de la législation et surtout de la pratique judiciaire, relativement à l'idée de la preuve. Ainsi, les constitutions impériales commencèrent tout d'abord par renfermer surtout des conseils adressés aux juges dans leurs appréciations sur la découverte de la vérité. Telles furent les lois qui semblaient stipuler un minimum de deux témoins pour prouver un fait (98) ; celles qui déclaraient insuffisants à cet effet de simples indices, à moins qu'ils ne fussent absolument démonstratifs. Pareilles lois étaient évidemment de nature à apporter quelque gêne à la libre appréciation du juge qui aurait pu se contenter, pour former sa conviction, d'un seul témoin ou de quelques présomptions de fait. Elles ne valaient pourtant, jusqu'à ce moment,

(97) FAUSTIN HÉLIE, t. I, n^{os} 66 et suiv.

(98) Loi 12, Dig. *De testibus*, 22, 5 : « Quand le nombre des témoins n'est pas défini par la loi, deux suffisent : car, lorsqu'on se sert du terme de témoins au pluriel, deux suffisent pour remplir l'intention de la loi. »

que comme de sages conseils, formulés en vue d'aider le juge à découvrir avec certitude la vérité.

Seulement, ces conseils ne tardèrent pas à se multiplier rapidement dans la pratique judiciaire, tout en prenant à la longue la force de règles obligatoires auxquelles le juge devait conformer sa décision. De sorte que, dans les derniers temps de l'Empire, le juge se trouva effectivement dans l'obligation de respecter certaines règles pour former sa conviction. Ainsi, fut définitivement établie la règle de l'insuffisance de la déposition d'un seul témoin pour prouver un fait (99), et les constitutions impériales étendirent de plus en plus la liste des incapables de témoigner.

D'autres textes encore paraissaient exiger plusieurs conditions que certaines preuves devaient remplir pour être tenues comme parfaites. Telle fut la loi qui prescrivait aux accusateurs d'appuyer leur accusation par des témoins idoines, des documents décisifs, ou enfin par des indices indubitables et clairs (100).

L'aveu fut, d'autre part, regardé comme une preuve parfaite dont la force devait suffire à entraîner une condamnation. Aussi cherchait-on à l'arracher même par la torture qui, de ce fait, connut une application de plus en plus étendue, jusqu'à atteindre même les hommes libres.

(99) BONNIER, n° 292, p. 261.

(100) Grat. Valent. et Theod., I, 25, Cod. *De probationibus*. Il convient pourtant de ne pas s'exagérer la portée du texte en question. On remarque en effet qu'il était à l'adresse des accusateurs, et ainsi ne touchait nullement aux effets même des preuves que ceux-ci se chargeaient de ramasser. De sorte que le juge demeurait toujours libre d'apprécier la valeur des preuves produites, sans que celles-ci pussent, même une fois les conditions remplies, s'imposer à sa conviction. Cf. FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1764, p. 332.

Ainsi, la torture, mode exceptionnel d'instruction réservé aux seuls esclaves sous la République, dut à son tour participer, sous l'Empire, aux manifestations de la nouvelle tendance. Cela paraît d'ailleurs d'autant plus vraisemblable que son emploi, subordonné auparavant à l'existence de charges suffisantes comme nous l'avons vu, en arriva à être autorisé contre les témoins sans exiger aucune condition préalable, et contre les accusés moyennant l'existence d'un simple soupçon (101). Il est permis donc de voir dans la torture à cette époque un germe bien net d'une preuve légale, du moment qu'elle pouvait être infligée presque sans condition et qu'elle devait dès lors renfermer une certaine force probante intrinsèque.

Ainsi donc, deux évolutions s'étaient produites sous l'Empire romain et aboutirent dans ses derniers temps, l'une à l'instauration d'un nouvel ordre de juridiction, l'autre à l'établissement de certaines règles en matière de preuves. Les deux évolutions eurent pour effet commun de secouer pour ainsi dire l'idée de la preuve morale et de l'intime conviction du juge. Mais il faut croire que le parallélisme entre les deux évolutions ne fut pas un pur hasard. Il est certain en effet que la plupart des règles inventées sous l'Empire pour limiter la libre appréciation du juge furent avant tout l'œuvre des jurisconsultes et de la pratique judiciaire, et avaient principalement pour but de protéger l'innocence contre l'arbitraire du Préfet de la ville et de ses assesseurs, alors principaux juges des affaires criminelles (102). Il est dès lors permis de considérer

(101) Loi 18, § 2, Dig. *De quaest.*

(102) Cf. Comte PORTALIS : « De la preuve en matière civile et en matière criminelle », *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1840, p. 188.

que l'institution de la magistrature permanente fut principalement responsable de l'apparition, sous le Bas-Empire, d'une ébauche de l'idée de la preuve légale.

52. — Il convient enfin de souligner que, malgré les précédentes constatations, la législation romaine, même au Bas-Empire, restait dominée, en principe, par l'idée de la preuve de conviction (103). Les quelques règles que nous venons de citer ne furent en réalité que des exceptions au principe général de la libre appréciation et de l'intime conviction du juge, principe que la loi eut même parfois soin de formuler en des termes très nets (104). Cela est d'ailleurs d'autant plus vrai que ces dérogations furent plutôt des restrictions d'ordre négatif qui, tout en gênant parfois la libre formation de la conviction chez le juge, ne la lui imposèrent jamais. Ainsi par exemple, s'il fut établi que la déposition d'un seul témoin ne pouvait suffire, à elle seule, à prouver un fait, il ne fut jamais admis que la déposition de deux témoins devait enchaîner inévitablement la conviction du juge (105).

(103) FAUSTIN HÉLIE, *ibid.*, n° 1764, p. 331, et MITTERMAIER, p. 11 et suiv.

(104) La loi 21, § 3, Dig., au titre des témoins s'exprime en effet ainsi : « Si tous les témoins sont de la même intégrité, et également bien famés, et que la qualité de l'affaire et la conscience du juge s'accordent avec leurs dépositions, elles doivent toutes être suivies..., le juge fortifiera les mouvements de sa conscience par l'appui des preuves et des témoignages qui cadreront et s'accorderont le mieux ensemble, et qui conséquemment lui sembleront approcher le plus de la vérité. »

(105) MITTERMAIER, p. 11 : « Sous l'Empire, les antiques tribunaux populaires tombent en désuétude ; cependant on ne voit pas encore fonctionner un système de preuves légales tel qu'on l'entendrait aujourd'hui, astreignant le juge à regarder comme démontré, par exemple, tout fait prouvé par au moins deux témoins. »

On peut y voir quelque chose de semblable à ce que nous avons dénommé le système de preuves *mixte* dont la base fondamentale est le principe de la certitude morale.

Il n'en reste pas moins vrai pourtant que ces quelques exceptions sont déjà suffisantes pour laisser apercevoir, à cette époque, les signes avant-coureurs d'une transformation de plus grande envergure qui se serait vraisemblablement produite, plus ou moins promptement, au sein même de la législation romaine, si Rome n'avait pas été envahie par les Barbares. L'invasion de ces derniers eut, entre autres conséquences, pour effet d'arrêter brusquement l'évolution qui s'était produite au sein de la législation romaine sous l'Empire et qui avait déjà commencé à ériger, à côté du principe de la preuve morale, quelques règles dérogatoires. Et il faut attendre plusieurs siècles avant de voir ressusciter les quelques règles établies sous le Bas-Empire, pour fournir aux auteurs des ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles de précieux matériaux dans l'élaboration de toute une théorie de preuves légales « qui n'était tout au plus qu'en germe dans les lois romaines » (106).

SECTION III. — LES LÉGISLATIONS DU MOYEN AGE ET L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

53. — La tendance légale dans les usages des Barbares. La preuve par le serment des cojurateurs et par les épreuves judiciaires. La force probante de l'aveu et du flagrant délit.
54. — La tendance légale de plus en plus accentuée dans la procédure féodale. Le combat judiciaire ; la force attribuée aux dépositions de deux témoins et au rapport du plus grand nombre.

(106) ESMEIN, *op. cit.*, p. 265.

55. — La recrudescence de la torture et le développement de la procédure inquisitoire vers le XIII^e siècle. Elaboration de la théorie des preuves légales aux XV^e et XVI^e siècles. Sa consécration législative dans l'ancien droit français : les Ordonnances de 1539 et 1670.
56. — Domaine de moins en moins étendu de la preuve morale au cours du Moyen Âge. Sa décadence progressive et sa désuétude vers le XVI^e siècle.
-

53. — La tendance à la preuve légale que nous avons vue en germe dans le dernier état du droit romain, ne fit que s'accroître dès la chute de Rome et l'installation des Barbares sur le territoire de l'Empire par eux conquis. Il s'agissait seulement alors d'une tendance dont les éléments furent complètement étrangers à l'évolution qui avait commencé en ce sens sous l'Empire romain. Ce fut en effet un tout autre courant qui eut ses sources et ses origines presque exclusivement dans les usages et les pratiques des peuplades germaniques, que celles-ci apportèrent lors de l'invasion et conservèrent en les développant pendant de longs siècles dans la suite des temps. Les pratiques et les usages en question firent partie de l'ensemble des institutions barbares qui, dans la lutte qui s'engagea aussitôt avec les institutions romaines, l'emportèrent, du moins dans le domaine qui nous occupe (107).

Les Barbares connaissaient naturellement les modes habituels de preuve, tels que le témoignage et l'aveu. Mais leur apport original dans ce domaine fut plus particulièrement la preuve par le serment des cojurateurs et celle par les épreuves judiciaires. Or, nous savons déjà que l'intervention des cojurateurs, de même que le recours à une épreuve judiciaire, avait sur le sort du procès un effet

(107) FAUSTIN HÉLIE, t. I, n^o 102, pp. 120 et 121.

décisif. Ces deux procédés originaux de preuve étaient donc bien caractéristiques de la tendance légale du système des preuves dans la procédure germanique. Il faut y ajouter encore d'autres signes de preuve légale tirés de l'immense force probante qu'on accordait à l'aveu de l'accusé ainsi qu'à la circonstance de flagrant délit. L'une et l'autre de ces preuves entraînaient en effet immédiatement la condamnation.

54. — Cette tendance ne fit que s'accroître davantage par la suite. Aussi rencontre-t-on, dans la procédure féodale, les mêmes pratiques et les mêmes règles que précédemment, avec encore plus d'étendue et plus de vigueur. Ainsi le flagrant délit et l'aveu de l'accusé gardèrent leur force invinciblement probante, à tel point que la présence de l'un ou de l'autre dispensait entièrement de toute procédure ultérieure (108). Les épreuves judiciaires furent également maintenues, surtout sous la forme du combat judiciaire qui dominait alors toute la procédure (109). Seule la preuve par le serment des cojureurs avait disparu. Mais de nouvelles règles furent établies et vinrent ainsi augmenter à cette époque le domaine des preuves légales. Telle fut, tout d'abord : la règle que deux témoins faisaient preuve complète de tous les faits qu'ils affirmaient ; de même celle qui accordait aux déclarations des témoins plus de crédit lorsque ceux-ci

(108) *Ibid.*, n° 162, p. 209 ; ESMEIN, p. 261.

(109) Cf. FAUSTIN HÉLIE, *ibid.*, n° 145, p. 180, et t. IV, p. 333 : « Vers le x^e siècle le duel judiciaire, déjà depuis longtemps en pratique, suppléa généralement à la preuve par témoins et les autres épreuves. Les juges précisaient le point de contestation, ordonnaient le combat et constataient le résultat ; la sentence était le jugement de Dieu et non plus du juge. Toute appréciation du fait était supprimée ; le sort du combat décidait tout. »

étaient plus nombreux. Telle fut encore la règle que les écrits n'admettaient pas de preuve contraire. Certaines présomptions, qui ne sont que des indices de quelque gravité, furent enfin reconnues suffisantes à elles seules pour prononcer une condamnation et dispensaient ainsi de recourir à d'autres preuves (110).

Ainsi, dans la procédure féodale, la preuve était pour ainsi dire matérialisée, et le juge, simple spectateur, n'avait le plus souvent qu'à constater un fait matériel (111).

55. — La recrudescence de la torture à partir du ^{xiii}^e siècle et le développement, vers la même époque, de la procédure inquisitoire, ne firent du reste que pousser à l'extrême ce courant d'idées dans l'évolution du système des preuves. Et c'est de l'ensemble des précédentes règles et pratiques — (secondées par les quelques principes de la législation romaine que nous avons vus naître au Bas-Empire et qu'on retrouva dans les textes du Digeste et du Code) — que les légistes du ^{xv}^e et du ^{xvi}^e siècle érigèrent la fameuse théorie des preuves légales. Elle fut consacrée, dans ses grandes lignes, en Allemagne par l'ordonnance de 1552 et en France par les Ordonnances de 1539 et surtout de 1670 (112).

(110) FAUSTIN HÉLIE, t. I, p. 210 ; ESMEIN, p. 263 et 264.

(111) ESMEIN, p. 261.

(112) Cf. FAUSTIN HÉLIE, *ibid.*, nos 356 et suiv. ; MITTERMAIER, pp. 15 et 16 ; ESMEIN, pp. 260 et suiv.

L'Ordonnance de Charles-Quint de 1532, appelée encore *la Caroline*, renferme une organisation à peu près complète du système des preuves légales tel qu'il était pratiqué à cette époque et tel encore qu'il continua à dominer la procédure de l'Allemagne jusqu'au milieu du ^{xix}^e siècle. Ce qu'il convient surtout de remarquer dans cette ordonnance, c'est qu'elle ne dissimule pas le but qu'elle vise à atteindre et

56. — Pendant toute cette longue période où se développaient progressivement les preuves légales, l'idée de la preuve par l'intime conviction connaissait au contraire un domaine de moins en moins étendu ; ce qui ne veut pas dire pourtant qu'elle était tout à fait inexistante. Le jugement par jurés était en effet un principe fondamental dans les législations germaniques, à l'instar de la loi grecque et de la loi romaine. Pendant les premiers siècles qui suivirent l'invasion, tous les hommes libres de chaque cité — ou circonscription judiciaire — se réunissaient dans le *Mallum* sous la présidence du duc ou du comte, pour juger les causes.

La justice populaire se conserva par la suite avec l'institution des *scabins* qui se recrutaient parmi les simples citoyens libres et prenaient ainsi figure de véritables jurés. Elle se conserva même plus tard au sein des juridictions patrimoniales de la société féodale par l'effet de la maxime, courante dans cette société, qui voulait que nul ne pût être condamné que par le jugement de ses pairs. C'est ainsi, qu'au sein même des cours seigneuriales, la justice populaire fut assurée par les *hommes juges*, que l'on retrouve encore en France, même dans les justices royales, jusqu'à la fin du xv^e siècle (113).

qui consiste à réagir contre des abus et des injustices résultant de règles et de pratiques antérieures, et des pouvoirs énormes qui étaient laissés aux juges dans l'administration et l'appréciation des preuves. C'est à cette fin qu'elle édicte, entre autres, des prescriptions consacrant un système de preuves légales. Les textes les plus caractéristiques à cet égard sont l'article 22 qui fait défense au juge de prononcer une condamnation sur de simples indices ; les art. 67 et suivants qui définissent et posent les conditions de la preuve suffisante devant au contraire entraîner la condamnation. Cf. « Code criminel de l'Empereur Charles V vulgairement appelé *la Caroline* », traduction française de 1779.

(113) FAUSTIN HÉLIE, t. I, n^o 224, pp. 275 et suiv., et n^o 229, p. 284.

Ainsi, depuis l'invasion jusqu'au ^{xv}^e siècle on était le plus souvent aux prises avec des juridictions dominées par l'idée de la justice populaire. Or, on ne peut pas évoquer cette dernière idée sans penser à la preuve par la conviction intime du juge.

Il faut admettre, il est vrai, que la conviction des juges populaires devait le plus souvent s'effacer devant l'accomplissement des règles légales auxquelles ils se voyaient de plus en plus soumis. On peut soutenir cependant qu'elle pouvait s'affirmer chaque fois que la preuve testimoniale l'emportait dans la procédure, le juge retrouvant alors sa liberté en appréciant la valeur des dépositions. C'est ainsi qu'on la retrouve encore puissante pendant les premiers siècles qui suivirent l'invasion, tant que le témoignage présidait encore à la procédure et n'était pas primé par les cojurateurs et les épreuves, ou tant qu'il n'était pas encore faussé par les règles qui, ou bien le réduisaient à de pures formules que le juge n'appréciait pas, ou bien en faisaient une quantité que celui-ci devait plutôt compter que peser.

La preuve par l'intime conviction connut un peu plus tard une application beaucoup plus étendue, seulement dans un domaine qui n'intéressait guère la procédure séculière. Ce fut en effet la juridiction ecclésiastique qui ne connaissait alors que des causes concernant les clercs et de quelques délits ayant quelque apparence d'offense, envers la religion (114). Or, le principe qui dominait alors le droit canonique était celui de laisser au juge la liberté de rechercher la vérité par tous les moyens possibles (115). Ce même principe reconquit encore quelque terrain au

(114) FAUSTIN HÉLIE, t. I, n° 137, p. 171.

(115) MITTERMAIER, p. 15.

xiii^e siècle, lorsque la preuve testimoniale reprit de son importance en se substituant à la preuve par le combat judiciaire jusqu'alors prédominante, tout en se débarrassant de son ancien caractère formaliste.

Seulement, le courant des preuves légales était déjà irrésistible, comme nous l'avons constaté. La consécration législative de la théorie des preuves légales, à partir du xvi^e siècle, porta du reste les derniers coups à la preuve morale et mit fin à cette longue agonie dans laquelle elle semblait peu à peu (116). Cela coïncida d'ailleurs avec la substitution, vers la même époque, des juges permanents et professionnels, recrutés parmi les praticiens, aux *hommes juges* alors en pleine désuétude (117). Ainsi se trouvèrent réunies toutes les conditions favorables au développement du système des preuves légales.

Ce système, ainsi consacré par le législateur lui-même, continua à dominer la procédure en France jusqu'à la Révolution. A partir de cette date, déjà lointaine, le système des preuves rentre dans une nouvelle phase. En droit français, c'est une substitution pure et simple de la preuve de conviction au système des preuves légales. Ailleurs en Europe, c'est une tendance de plus en plus marquée vers le même principe de la preuve morale.

Nous touchons ainsi au droit moderne dont l'acheminement conduit tout droit aux législations qui nous régissent actuellement.

(116) Il n'est pas inutile de noter que même le domaine exceptionnel que la preuve morale trouvait pendant quelque temps dans la justice ecclésiastique, lui fut presque clos dès le xii^e siècle, avec l'institution, à cette époque, des juges ecclésiastiques permanents (officiels) qui durent substituer l'application de règles légales à leur intime conviction. MITTERMAIER, p. 15.

(117) FAUSTIN HÉLIE, *ibid.*, n^o 229.

SECTION IV. — LE DROIT MODERNE ET LES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES.

57. — Le mouvement philosophique et doctrinal contre les preuves légales dès le milieu du XVIII^e siècle : Beccaria ; Filangieri.
58. — Progrès de l'esprit de réforme en France : Voltaire et d'autres philosophes et publicistes contre l'ordonnance de 1670. Le jury et la preuve de conviction parmi les réformes réclamées à la veille de la Révolution.
59. — L'introduction de l'institution du jury et le système des preuves morales en France par le législateur de la Révolution. L'instruction criminelle de 1791 ; l'art. 372 du Code des délits et des peines de l'an IV ; l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle de 1808.
60. — Evolution moins rapide dans les autres législations du continent : le système des preuves légales encore en vigueur en Allemagne, en Espagne et en Italie, en plein XIX^e siècle. La tendance vers un système *intermédiaire* vers le milieu du même siècle.
61. — Extension progressive du domaine du système de l'intime conviction. Sa prédominance en Europe déjà vers la fin du siècle dernier.
62. — Extension de la preuve de conviction en dehors de l'Europe : en Amérique latine ; en Asie : les législations japonaise et chinoise ; en Afrique : la législation égyptienne.
63. — Toutes les législations qui adoptent le système des preuves morales n'ont pas consacré des textes particuliers à cet effet.
64. — Le système des preuves en droit anglo-américain. La procédure anglaise n'a jamais connu une véritable théorie de preuves légales : l'influence du jury.
65. — Apparence d'un système de preuves légales dans la procédure anglaise actuelle. Caractère plutôt négatif des règles de la *law of evidence*. Il s'agirait plutôt d'un système *mixte* bien équilibré.
66. — Le droit anglo-américain ne ferait donc pas exception à la prédominance actuelle de la preuve de conviction.

57. — Déjà, dès le milieu du XVIII^e siècle, les attaques des juristes et des philosophes contre les preuves légales — et plus généralement contre la procédure inquisitoriale

qui les avait sanctionnées — se multiplièrent au point de créer, à cet égard, une sorte d'esprit de réforme de plus en plus marqué.

Beccaria fut, dans ce domaine — comme dans les autres domaines du droit criminel —, le premier promoteur du nouveau mouvement. Dans son célèbre traité *Des délits et des peines*, il proclama que la certitude essentiellement requise en matière criminelle — et qui est la même que celle qui guide tout homme dans les actes les plus importants de la vie — ne peut pas être renfermée dans les règles d'une preuve scientifique ou légale (118).

Plus tard, Filangieri affirma le principe universel qui veut absolument baser toute condamnation sur une certitude morale, et démontra que cette certitude ne peut résider que dans la conscience du juge (119).

58. — Cet esprit nouveau fit de rapides progrès, en France surtout. Ainsi Voltaire, et plus tard d'autres philosophes et publicistes comme l'abbé Fleury, Servan et Pothier, combattirent vigoureusement les preuves légales, en critiquant l'ordonnance de 1670 qui les avait consacrées (120). On exaltait au contraire les mérites du système qui base la certitude sur la conviction intime du juge. De sorte qu'à la veille de la Révolution, le système des preuves morales figurait déjà parmi les réformes vivement souhaitées dans le domaine de la législation criminelle (121). A cette réclamation s'en ajouta parallèlement

(118) BECCARIA, *Des délits et des peines*, ch. VII et VIII.

(119) FILANGIERI, *Science de la législation*, livre III, ch. XII et suiv.

(120) Pour plus de détails sur ce mouvement de réforme au cours du XVIII^e siècle, voir ESMEIN, *op. cit.*, pp. 35, 37 et suiv.

(121) Des concours, organisés à cette époque par des sociétés sa-

une autre ayant pour objet de restaurer le vieux principe de la justice populaire, abandonné depuis le xvi^e siècle, en introduisant l'institution des jurés à l'exemple de la législation anglaise. Cette dernière revendication fut même formellement adoptée par les cahiers des Etats généraux de 1789 (122).

59. — Le bouleversement qui se produisit par la suite et la nouvelle législation qui en résulta, donnèrent aussitôt satisfaction entière à toutes ces aspirations de l'opinion publique, formulées par ses représentants. C'est ainsi que, dans la séance du 18 janvier 1791, l'Assemblée Constituante adopta définitivement le projet de loi introduisant la procédure par les jurés et consacrant à la fois les principes de l'instruction orale et la preuve par l'intime conviction.

Notons, en passant, que le fait d'invoquer et d'adopter tous ces principes en même temps ne fut pas un pur hasard. Ce n'est en effet qu'une confirmation de l'enchaînement que nous avons précédemment dégagé entre les principes de la procédure accusatoire et le système des preuves de conviction.

vantes ou des Académies, portèrent sur des questions intéressant la législation criminelle, parmi lesquelles figurait la question du système des preuves. Ainsi le programme du concours ouvert en 1777 par la Société économique de Berne fut de « composer et de rédiger un plan complet et détaillé de législation criminelle sous ce triple point de vue : 1^o des crimes et des peines... ; 2^o de la nature de la force des preuves et des présomptions ; 3^o de la manière de les acquérir par la voie de la procédure criminelle... ». De même, en 1780, l'Académie de Châlons-sur-Marne soumit à un concours ce sujet : « Des moyens d'adoucir les rigueurs des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique. » Les mémoires de Brissot de Varville et de Bernardi, qui furent couronnés par l'Académie, réclamèrent, entre autres réformes, le système des preuves morales. cf. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 388 et suiv.

(122) ESMEIN, *ibid.*, p. 408.

Mais ce qu'il importe surtout de remarquer à ce propos, c'est que les Constituants avaient discuté à fond et de façon primordiale les deux principaux systèmes de preuve que nous connaissons : le système des preuves légales et le système de la preuve par l'intime conviction (123). On avait même évoqué également et dans les termes les plus nets, le système dit intermédiaire, en le proposant comme une heureuse conciliation des deux systèmes en opposition (124).

Il est dès lors permis d'affirmer que le législateur révolutionnaire avait adopté le principe de la preuve par l'intime conviction en parfaite connaissance de cause. Il le formula d'ailleurs dans des termes qui ne prêtent point à équivoque. L'instruction criminelle du 29 septembre 1791 s'exprime en effet ainsi : « C'est particulièrement sur les dépositions et le débat qui ont eu lieu en leur présence, que les jurés doivent asseoir leur conviction personnelle, car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici, c'est elle que la loi leur demande d'énoncer, c'est à elle que la société, que l'accusé, s'en rapportent. »

Depuis lors, le principe des preuves morales fut définitivement acquis pour le droit français moderne. Après la loi du 16-29 septembre 1791 qui le consacra la première, il passa en effet par la suite, avec encore plus de fermeté, dans l'article 372 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, et plus tard dans l'ancien art. 342

(123) Cf. les explications de M. Duport qui présenta le projet de loi au nom des comités de législation et de justice criminelle. Il évoqua en effet très nettement le système des preuves légales qu'il qualifia d'absurde et de dangereux, et lui opposa le système des preuves morales qu'il soutint (séance du 4 janvier 1791).

(124) Cf. l'amendement présenté par Robespierre à la séance du 4 janvier 1791.

du Code d'instruction criminelle de 1808, qui reproduisit à peu près textuellement, mais avec encore plus de précision et de détails, l'instruction criminelle de 1791.

60. — En France, l'évolution du système des preuves fut donc assez rapide, par suite des événements assez brusques qui hâtèrent le triomphe des doctrines nouvelles du XVIII^e siècle, et précipitèrent ainsi l'écroulement de l'ancien régime.

Dans les autres législations du continent, l'évolution fut au contraire plus lente et moins catégorique. En Allemagne, en Espagne, comme en Italie, tous pays qui, au même titre que la France, s'étaient partagé le legs des vieilles théories et pratiques du moyen âge, le système des preuves légales tel qu'il avait été arrêté au XVI^e et au XVII^e siècle et pratiqué au XVIII^e, continua à dominer la procédure criminelle pendant un certain temps après la Révolution française.

Ce système était cependant déjà sapé dans ses fondements dès la fin du XVIII^e siècle, par l'effet des doctrines nouvelles qui s'étaient partout propagées, et surtout par suite de son renversement dans le droit français moderne. Et c'est par une espèce de contagion que les principes nouvellement instaurés par la législation révolutionnaire en France, gagnèrent progressivement les législations environnantes.

Seulement, on sembla s'arrêter tout d'abord, le plus souvent, à une sorte de système de preuve intermédiaire. Ainsi, par exemple, on peut constater que dès le milieu du XIX^e siècle, il était de principe dans la plupart des législations allemandes de ne plus forcer le juge à déclarer les faits nécessairement constants, dès que certaines con-

ditions se trouvaient accomplies, et de ne l'y autoriser au contraire qu'autant que l'accomplissement de ces conditions se joignait à sa propre conviction intime (125).

61. — Quoi qu'il en soit, le système de la preuve de conviction proprement dit ne tarda pas par la suite à envahir, l'une après l'autre, les législations de l'Europe, aussi bien celles qui avaient conservé jusqu'alors l'archaïque système des preuves légales que celles qui s'étaient arrêtées pendant quelque temps à une sorte de système intermédiaire. De sorte que déjà dès la fin du siècle dernier, on pouvait affirmer que le principe de la preuve de conviction était devenu le droit commun de la procédure criminelle, dans presque toutes les législations de l'Europe continentale (126). Cette extension est due surtout à l'influence du Code d'instruction criminelle français de 1808 qui a, le plus souvent, servi de modèle ou d'inspiration aux nouveaux codes européens.

62. — En dehors de l'Europe, le domaine de la preuve par l'intime conviction n'est pas, à l'heure actuelle, moins

(125) Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, chap. x ; FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1773, p. 345. « Nous ne confondons nullement, dit Faustin Hélie, la preuve légale que nous avons décrite dans notre ancien droit, avec celle qui vit encore dans les législations de l'Allemagne... Il est certain que le droit commun allemand a peu à peu dégagé le principe de ses conséquences les plus périlleuses, et que les règles qui enveloppent les preuves aujourd'hui semblent plutôt destinées à sauvegarder l'accusé des erreurs du juge qu'à guider sûrement celui-ci dans la recherche de la vérité. »

(126) GARRAUD, t. I, n° 259, p. 514. L'auteur cite à titre de « curiosité archéologique » les dispositions du Code de procédure pénale du canton du Valais de 1848, consacrant dans ses art. 194 à 255 une théorie de preuves légales. Il constate que cette « législation fossile » constituait une exception unique.

répandu. On peut affirmer d'une façon générale qu'elle est le principe partout où l'influence du Code français s'est fait sentir directement ou indirectement. C'est ainsi qu'elle est d'une application générale en Amérique latine, dans presque toutes les législations modelées sur la législation espagnole (127). En Asie, elle domine également les législations japonaise et chinoise, où la procédure criminelle moderne fut directement inspirée par le Code français de 1808. Elle est enfin de droit commun dans la procédure criminelle en égypte où le Code d'instruction criminelle fut, sous tant de rapports, une importation pure et simple des dispositions du même code français (128).

63. — Notons seulement qu'en Europe comme au

(127) On peut citer cependant, à titre d'exception, les dispositions du nouveau Code de procédure pénale colombien de 1936. Le titre V du livre I^{er} de ce code soumet en effet les différentes preuves à une réglementation minutieuse qui représente, en somme, un système de preuves légales assez rapproché du système de l'ancien droit français. On y retrouve, par exemple, la fameuse distinction entre la preuve complète et la preuve incomplète, ainsi qu'une sorte de tarif de la valeur probante des différentes preuves. DONNEDIEU DE VABRES, *La justice pénale de demain*, cours de doctorat 1941, précité.

(128) L'ancien Code d'instruction criminelle mixte de 1875 consacrait formellement dans son article 232 le principe de la preuve par l'intime conviction du juge. Dans le nouveau code de 1937, ce texte n'a pas été reproduit. Le principe demeure cependant sous-entendu, et ressort nettement de l'ensemble des dispositions du code. Voir à ce sujet VROONEN (E.), *Répertoire général alphabétique du droit égyptien mixte*, t. II, p. 198, n° 31 : « La preuve d'une infraction peut être rapportée, en dehors d'une constatation flagrante, par procès-verbal des faits constitutifs de l'infraction, par tous moyens de droit, témoins, aveux, etc..., et même par simples présomptions précises et concordantes de nature à déterminer l'intime conviction du juge. »

Il en est de même du Code d'instruction criminelle national de 1883 qui, de même que le nouveau Code mixte, n'ayant pas consacré le principe de la preuve de conviction dans un texte particulier, le laisse pourtant ressortir de l'ensemble de ses dispositions.

delà, le principe de la preuve de conviction n'a pas été toujours exprimé d'une façon expresse dans un texte particulier.

Dans ce cas, son existence n'en est pas moins certaine, ne serait-ce même que par le seul fait qu'aucun système de preuves légales ni aucune réglementation restrictive semblable des preuves n'a été prévu. Remarquons en passant, à ce propos, que la preuve de conviction, étant un principe naturel comme nous savons, se présume par suite chaque fois que le contraire n'est point établi par des dispositions formelles.

Quoi qu'il en soit, certaines législations avaient, au contraire, pris soin de consacrer, à l'exemple du Code d'instruction criminelle français, un texte formel à l'effet de poser expressément le principe de la preuve de conviction (129).

64. — Jusqu'à présent, nous n'avons envisagé, dans l'évolution que nous avons tracée depuis le droit romain, que les législations de l'Europe continentale, ou les législations qui, dans les autres continents, en ont reçu tout récemment l'impulsion. Nous avons de la sorte gardé le silence sur le droit anglais qui, en face du droit continental, représente un second système original de droit.

(129) Nous pouvons citer à titre d'exemple l'art. 498, alinéa 3 du Code de procédure pénale italien de 1865 et l'art. 232 du Code d'instruction criminelle égyptien mixte de 1875. Ces deux textes reproduisent à peu près textuellement l'art. 342 ancien du Code d'instruction criminelle français. L'art. 146 du Code de procédure criminelle japonais de 1880 est également très caractéristique. Il dispose en effet : « La loi n'établit aucune présomption de culpabilité tirée des circonstances de la cause. L'aveu de l'inculpé, les actes de constatation, les pièces à conviction, les témoignages des tiers, les rapports des experts et les indices de toute nature, sont laissés à l'appréciation des juges. »

Le fait s'explique aisément, si l'on considère que cette dernière législation s'est, au cours de l'histoire, presque constamment tenue à l'écart des influences qui avaient été à l'origine de l'évolution du système des preuves dans le droit continental, de sorte qu'elle a gardé à ce sujet et jusqu'à nos jours, un caractère un peu original. L'étudier séparément nous a donc paru indispensable, afin de respecter des considérations d'homogénéité et d'opportunité.

Quel que soit l'isolement de la législation anglaise, il n'en faut pas moins avouer qu'au Moyen Age elle fut entraînée par le même courant d'idées et de croyances qui répandait alors sur le continent les pratiques et les preuves légales de toutes sortes. Ainsi, la procédure anglaise connut, même avant la conquête normande, la preuve par le serment des cojurateurs (*helpers*) ainsi que les épreuves judiciaires (*ordeals*) (130). Elle connut également plus tard le duel judiciaire que la conquête normande avait apporté avec elle. On affirme même qu'à une certaine époque, la torture fut appliquée en Angleterre aux accusés, aux complices comme aux témoins (131).

Notons cependant tout de suite que la procédure anglaise n'a jamais connu la minutieuse et subtile théorie des preuves légales que nous avons vue s'installer sur le continent vers les xvi^e et xvii^e siècles, et continuer à s'appliquer dans certaines législations jusqu'en plein xix^e siècle. L'institution du jury en Angleterre vers le xiii^e siècle, sa consolidation et son développement par la suite, rendirent en effet impossible l'évolution et l'aboutissement d'une

(130) Cf. SEITZ (Emile-E.), *Les principes directeurs de la procédure criminelle de l'Angleterre*, pp. 13 et 14.

(131) ESMEIN, *op. cit.*, p. 316.

pareille théorie (132). Cela n'est évidemment point pour nous étonner, maintenant que nous savons avec quelle répugnance le jury accueille habituellement un véritable système de preuves légales.

65. — A l'heure actuelle, alors que le système des preuves légales a complètement disparu du foyer même où il avait pris naissance, on ne saurait à plus forte raison en parler dans la procédure anglaise qui, par son institution du jury, avait élevé contre ses préceptes une barrière infranchissable.

On serait tenté cependant de croire le contraire, étant donné le fait qu'en Angleterre le verdict du jury est assujéti à l'observation de certaines règles strictes de preuve (133).

Dans la procédure anglaise, la preuve est en effet soumise à un ensemble de règles et de prescriptions renfermées dans ce qu'on appelle la *law of evidence* (134). Quan-

(132) Cf. Herbert SPEYER, « Les règles de la preuve en droit pénal anglais (*Law of evidence*) », *Rev. de droit intern.*, 1898, p. 479.

(133) Le jury est, en Angleterre, le juge du fait et intervient, en cette qualité, dans toutes les juridictions pénales, sauf les juridictions dites sommaires. Cf. GARRAUD, t. I, p. 114, et surtout SEITZ, *op. cit.*, p. 123.

(134) Le mot anglais *evidence* est fort difficile à traduire (Cf. Herbert SPEYER, *op. cit.*, note 1, p. 478). On peut dire cependant que, d'une façon générale, il signifie à la fois *preuve* et *certitude*. Cf. MITTERMAIER, note 10, p. 77. La majeure partie de la *law of evidence* est coutumière et fait ainsi partie de la *common law* en général, c'est-à-dire la loi non consignée dans des dispositions législatives écrites. Les règles coutumières de la *law of evidence* [ne sont pas moins impératives que celles consignées dans des *statuts*. Leur respect est assuré, même auprès du jury, en vertu de la haute autorité que possède le Président de la Cour et qui lui permet d'adresser aux jurés, à cet effet, des instructions, sanctionnées par son droit de les renvoyer à une nouvelle délibération s'il estime qu'ils ont violé la loi sur la preuve. SEITZ, *op. cit.*, p. 152.

tité de ces règles traduisent une tendance manifestement légale dans l'économie des preuves. Les unes vont même dans cette voie jusqu'à interdire au jury de condamner dans certains cas à moins de la production de deux témoignages concordants, ce qui constitue en somme une certaine consécration de l'archaïque maxime *testis unus, testis nullus* (135). D'autres principes encore réglementent l'admission de certaines preuves, la preuve testimoniale notamment, soit par voie d'exclusion (*incompetency of witnesses*), soit en en soumettant la production à certaines conditions légales (136). On peut également considérer comme une preuve légale de la culpabilité la disposition, très caractéristique du droit anglais, d'après laquelle la Cour statue immédiatement sur la peine, sans avoir à interroger le jury sur la question de la culpabilité, dès que l'accusé avoue avoir commis le fait incriminé en déclarant qu'il plaide coupable (137).

Mais toutes ces règles ne sauraient en réalité faire du système anglais un véritable système de preuves légales, tel que nous l'avons toujours entendu. Nous savons en effet que la caractéristique essentielle de ce système — établissant par là même la démarcation avec le système de la preuve de conviction — réside dans le fait de fixer à l'avance la force des preuves et dans l'effet nécessaire de cette

(135) Les dépositions conformes de deux témoins sont rigoureusement indispensables pour la condamnation pour haute trahison et pour faux témoignage, ainsi que pour le blasphème. SEITZ, *op. cit.*, p. 275.

(136) Sur les conditions d'admission des témoignages, voir surtout SPEYER, *op. cit.*, p. 483.

(137) SEITZ, *ibid.*, p. 146 et suiv. ESMEIN, p. 325, et BONNIER, note p. 325.

force sur la conscience du juge, quelle que soit l'appréciation personnelle qu'il puisse avoir.

Or, la *law of evidence* ne nous offre point cette caractéristique. Tout ce qu'elle contient de plus rigoureux à cet égard sont des règles relatives à l'admissibilité des preuves. Mais elle n'intervient jamais, en principe, pour déterminer la valeur des preuves et les doter d'un effet nécessaire, ou pour imposer aucune présomption légale aux jurés dans leur examen et leur appréciation de ces preuves (138). Ainsi, par exemple, si les règles de la *law of evidence* déterminent certains témoins qui ne peuvent pas être entendus, et soumettent à certaines conditions — qui gênent, il faut l'avouer, la libre action du juge dans une mesure appréciable — l'efficacité des dépositions de ceux qu'elles déclarent admissibles, elles laissent aux jurés, en dernier lieu, la liberté entière d'apprécier le degré de créance qu'il faut accorder à ces derniers.

Quant aux véritables preuves légales — telles que la règle exigeant un minimum de deux déclarations testimoniales concordantes dans certains cas, ainsi que celle qui accorde à l'aveu de l'accusé une valeur invincible lorsqu'il est donné dans certaines conditions — elles ne représentent à la vérité que de pures exceptions.

En revanche, le principe général demeure avant tout que le jury statue sur la culpabilité d'après son intime conviction (139) et qu'il peut toujours, sauf quelques cas exceptionnels, former sa conviction sur la déposition d'un témoin unique.

(138) MITTERMAIER, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, p. 369.

(139) Cf. SEITZ, p. III.

Certes, la haute autorité du Président de la Cour lui permet d'adresser parfois aux jurés des instructions relativement à la valeur qu'il convient d'accorder à telle ou telle preuve. Mais ces instructions n'ont jamais un caractère absolu ; et elles servent en réalité d'avertissements ou d'indications, et tendent à guider utilement les jurés dans leur appréciation souveraine des preuves (140).

Ce qu'il y a de plus remarquable, dans le système anglais, c'est que les règles, nombreuses il est vrai, qui limitent la liberté des jurés relativement aux preuves, ont un caractère plutôt négatif, en ce sens qu'elles se bornent le plus souvent à déclarer l'inadmissibilité de tel ou tel genre de preuve ou bien à en exiger un minimum pour condamner (141).

De ce fait, l'ensemble des règles et des maximes de la *law of evidence* anglaise nous fournit à la vérité un type parfait et harmonieux de ce que nous avons appelé volontiers le système des preuves *mixte* (142), qui, loin de favo-

(140) Ainsi, à la fin de l'affaire le juge de la Cour résume habituellement les témoignages donnés en indiquant leur valeur et leur importance. Il adresse également des instructions relativement à la valeur des indices. Mais dans tous les cas, ces preuves sont abandonnées en définitive à l'intelligence et à l'appréciation des jurés. Cf. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, p. 317 ; BONNIER, *op. cit.*, n° 824.

(141) Il n'y a d'exception à cette affirmation que le cas de l'aveu donné par l'accusé au début de l'instruction en répondant qu'il plaide coupable. L'aveu dispense dans ce cas de toute autre preuve ou procédure ultérieure et oblige le juge à statuer sur la peine. Au contraire, même la règle qui exige deux dépositions concordantes dans certains cas n'a qu'un caractère négatif ; car si la loi exige un minimum de dépositions, elle ne leur accorde pas un effet forcé quant à la conviction du juge.

(142) Certains auteurs paraissent vouloir exprimer la même opinion en qualifiant le système anglais de système de preuves légales *mitigé*. (cf. BONNIER, n° 131, p. 109).

riser une tendance vers un système de preuves légales, par les multiples règles restrictives qu'il renferme, nous présente au contraire l'idée de la preuve de conviction sous son véritable jour et dans sa signification juridique exacte.

Par ses règles minutieuses sur l'admissibilité et l'administration des preuves, ainsi que par les sages instructions et conseils adressés par la Cour aux jurés relativement à la conduite à suivre dans leur appréciation, le système anglais montre en effet d'une manière tangible, plus que toute autre législation, que la jurisprudence anglaise a compris la véritable portée du principe de la preuve par l'intime conviction du juge. Elle a compris notamment que ce principe est, comme nous le verrons très prochainement, loin de signifier qu'il s'agit de juger d'après de pures impressions personnelles sans être lié par aucune règle ou condition (143).

Le système anglais, tel que nous venons de l'exposer, représente en réalité tout le groupe des législations anglo-saxonnes. Il est en effet, à quelques nuances et détails près, exactement le même en Amérique du Nord, dont la législation dérive originellement de la double source de la *common law* et des *statuts*, qu'elle avait empruntée à la législation anglaise.

66. — Délibérément, nous avons un peu insisté sur le système anglo-saxon, en partant de cette considération que le droit anglo-américain représente une masse imposante de législation originale faisant pendant au groupe des législations qu'on a coutume de réunir sous le titre de

(143) Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 122.

droit *continental*. Il nous fallait donc avoir une idée, au moins sommaire, du système anglo-saxon, avant de passer à l'étude détaillée du système français qui représente en somme le droit *continental*, du point de vue qui nous occupe. Nous avons voulu montrer surtout que, malgré son originalité, le droit anglo-américain ne fait pourtant guère exception, quant au système des preuves, à la prédominance de l'idée de la preuve de conviction dans le droit contemporain.

APPENDICE. — LE SYSTÈME DES PREUVES
EN DROIT MUSULMAN.

67. — Controverse au sujet du caractère du système des preuves en droit musulman.
68. — Théorie de preuves légales qu'offre l'ensemble des règles du *corpus juris* musulman : hiérarchie des différentes preuves ; la règle *testis unus, testis nullus* et la force invincible de la déposition de deux témoins ; les demi-preuves.
69. — Le principe de la liberté du juge qui se dégage à l'examen des sources fondamentales du droit musulman.
70. — Le véritable système du droit musulman serait un système du genre *intermédiaire*.
-

En face du droit *continental* et du droit anglo-saxon — les deux principaux systèmes originaux de droit à l'heure actuelle — se dresse le droit musulman, monument juridique non moins important, mais qui, à l'heure présente, relève sous bien des rapports, plutôt du domaine de l'histoire que du domaine de l'actualité (144).

(144) La législation musulmane ne connaît certes, à l'heure actuelle, qu'un champ d'application fort restreint, surtout en ce qui concerne

Une rapide incursion dans cette législation aura donc l'avantage de compléter utilement le tableau général que nous avons voulu dresser du système des preuves dans le temps et dans l'espace.

67. — Cette étude est d'autant plus intéressante qu'il y a controverse sur le point de savoir si la législation musulmane adopte un système de preuves légales ou bien un système de preuves de conviction.

M. Morand, ancien Doyen de la Faculté de Droit d'Alger, semble affirmer le premier point de vue lorsqu'il déclare notamment que «... chez les Musulmans, le juge n'a point en principe qualité pour statuer sur la valeur des preuves produites (145) ». D'autres juristes, qui se sont occupés de la question, soutiennent au contraire le point de vue opposé. Ainsi, par exemple, M. Omar Bey Loutfy écrit à ce sujet : « On peut dire, en termes généraux, que dans l'instruction criminelle musulmane, la preuve est plutôt morale que légale (146). »

68. — A la vérité, le *corpus juris* musulman, tel qu'il

la matière criminelle. Nous ne pouvons pourtant pas résister au désir de jeter un coup d'œil sur cet important monument juridique à la fois subtil et intéressant, ne serait-ce qu'en marge de l'incursion générale que nous avons entreprise autant dans le temps que dans l'espace. Ce désir est d'autant plus irrésistible que nous sommes emportés par le courant qui fait que, depuis quelque temps, le droit musulman a commencé à attirer l'attention des amateurs de l'étude comparative du droit, dont les recherches érudites et généreuses promettent une résurrection qui, nous l'espérons, ne sera pas la moins comparable à la renaissance du droit romain au *xvi*^e siècle. Cette dernière considération est, à elle seule, suffisante pour rendre à la législation de l'Islam tout ce qui pouvait lui manquer d'actualité.

(145) MORAND (Marcel), *Etudes de droit musulman algérien*, p. 332.

(146) OMAR BEY LOUTFY, *De l'action pénale en droit musulman*, 2^e fascicule, p. 32.

fut élaboré par les docteurs et les juristes de l'Islam au cours de longs siècles, renferme un ensemble de règles qui fait de la théorie des preuves un système assez voisin du système des preuves légales de l'ancien droit français. La loi détermine en effet, en les hiérarchisant, les divers moyens de preuve. Elle fixe en outre, à l'avance, les conditions dans lesquelles la preuve peut être considérée ou non comme parfaite ou complète.

A la tête de la hiérarchie se place l'aveu (*El Ikrar*) qui, à lui seul, constitue en principe la preuve la plus parfaite. Dans certains cas exceptionnels cependant, l'aveu de l'accusé doit, pour produire un effet décisif, être selon les circonstances, ou bien réitéré plusieurs fois (147), ou bien corroboré par une présomption (148).

La preuve testimoniale (*Baïnat*) (149) est en droit musulman la plus courante et la plus importante (150). Sa réglementation comme preuve légale est tout à fait caractéristique. D'une part, sa valeur probante est complètement régie par l'archaïque maxime *testis unus, testis nullus*. Deux hommes, ou au moins un homme et deux femmes,

(147) Ainsi par exemple, pour le crime d'adultère les rites Hanefi et Hambali exigent que l'accusé avoue son crime quatre fois, dans quatre séances différentes.

(148) Tel est par exemple le cas du crime de l'usage du vin, où le seul aveu de l'accusé ne serait pas suffisant, à moins d'être confirmé par la présomption tirée du fait que l'haleine de l'accusé sent le vin.

(149) Il est à remarquer que chez certains auteurs musulmans, le terme *Baïnat* signifie, dans un sens très large, la preuve en général. Dans son sens strict, celui d'ailleurs adopté par l'usage courant, il signifie plus particulièrement *témoignage*. C'est dans ce dernier sens que nous l'entendons.

(150) En droit musulman la preuve littérale joue un rôle relativement inférieur. Elle y est d'ailleurs presque inconnue en matière criminelle. Cf. BECHARA EL KHOURY, *Essai sur la théorie des preuves en droit musulman*, p. 5.

sont en principe le nombre minimum de témoins requis pour faire preuve (151).

Dans certains cas exceptionnels, un plus grand nombre encore est exigé (152). L'admissibilité et la validité du témoignage sont d'autre part soumises à des conditions rigoureuses et difficilement réalisables (153).

La majorité de la doctrine va même jusqu'à affirmer que la réunion du nombre requis de témoins, remplissant toutes les conditions d'admissibilité et de validité, doit entraîner nécessairement la sentence du juge, quelle que soit sa propre et intime conviction (154).

A défaut d'aveu ou de témoignage, le serment (*Yamine*) n'est admis qu'exceptionnellement comme moyen de preuve en matière criminelle. Dans certains cas, il doit même intervenir sous une forme tout à fait particulière pour faire preuve complète (155). Dans tous les autres cas, le serment sous la forme ordinaire ne peut intervenir qu'à titre complémentaire.

(151) *Coran*, Sourate II, vers. 282, et Sourate V, vers. 105.

(152) Ainsi par exemple, quatre témoins du sexe masculin sont requis pour établir le crime de la cohabitation illicite (*Coran*, Sourate IV, vers. 19).

(153) Sur ces conditions, voir MOHANNA (M. F. I.), *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés*, p. 372, et l'autorité à laquelle il renvoie.

(154) Cela ressort nettement de cette définition que certains auteurs musulmans donnent du témoignage : « une déclaration qui, entendue du juge, l'oblige de juger conformément au sens qu'elle exprime, pourvu que le témoin qui l'a énoncée soit un homme de droiture et de probité, qu'il ne soit pas seul déposant... » (cité dans MARNEUR, *Essai sur la théorie de la preuve en droit musulman*, p. 116).

(155) Les deux formes connues sont : le *Liane* ou serment d'anathème, pour prouver le crime d'adultère ; le *Kasamat* ou serment cinquantenaire, pour établir le crime de meurtre. Mais sous cette dernière forme le serment n'intervient même que pour compléter une présomption grave, tel qu'un témoignage unique.

Enfin, les indices ou présomptions (*Karînat*) ne peuvent jamais constituer, à eux seuls, une preuve complète. Ils peuvent seulement servir de demi-preuves qui, pour faire preuve complète, doivent remplir certaines conditions et être corroborés par le serment (156).

Telle est dans ses grandes lignes la réglementation des principaux modes de preuve en procédure pénale musulmane. Or, on y retrouve plusieurs traits communs au système des preuves de l'ancien droit français, notamment la règle *testis unus*, la preuve complète opposée aux demi-preuves et parfois même aux quarts de preuve (157), ainsi que le discrédit de la preuve indiciale. On y reconnaît, d'une façon générale, la principale caractéristique du système des preuves légales, cette caractéristique consistant, comme nous le savons, en la détermination préalable par la loi de la valeur respective des différentes preuves et l'obligation pour le juge de respecter cette valeur légale, une fois réunies toutes les conditions requises.

Nous sommes ainsi tenus d'adhérer à la thèse de M. Morand qui, parlant toujours du droit musulman, déclare, en outre, que « les débats judiciaires sont une

(156) Il s'agit dans ce cas du serment de l'accusateur ou du refus du serment déferé à l'accusé. Il est seulement à remarquer que dans ce dernier cas, le refus de prêter serment ne constitue qu'une sorte d'aveu tacite qui, quoique corroboré par des présomptions graves, ne suffit pas à entraîner la condamnation à des peines *houdouds* (c'est-à-dire des peines graves ayant une limite strictement légale que le juge ne saurait dépasser), mais simplement à des peines ordinaires (*Taa'ir*) relevant de la souveraine appréciation du juge, ou bien à des réparations pécuniaires.

(157) Le témoignage d'une seule femme ne peut en effet compter que pour un demi-témoignage, et dans le calcul global il ne vaut que le quart d'une preuve.

sorte de tournoi auquel il (le juge) assiste impassible et dont il se bornera à enregistrer les résultats » (158).

69. — Une certaine précision s'impose cependant. C'est que le système des preuves du droit musulman — tel que nous venons d'en esquisser les traits essentiels, — représente à la vérité la théorie consacrée dans la pratique judiciaire et que les jurisconsultes musulmans avaient élaborée en se basant sur des textes fragmentaires et très peu nombreux du Coran ou de la Sunna en cette matière (159).

Et pourtant, s'il est vrai que ces sources authentiques du droit musulman renferment des prescriptions relativement aux conditions d'admissibilité ou de validité des preuves, on n'y rencontre nulle part aucune disposition qui restreigne positivement la liberté du juge dans l'appréciation des preuves. Ainsi par exemple, nous remarquons que le verset 282 de la Sourate II du Coran fixe, il est vrai, le nombre minimum de témoins requis pour faire preuve, mais laisse au juge entière liberté pour examiner la moralité des témoins pouvant composer ce nombre.

Tout revient donc en définitive à la libre appréciation

(158) *Op. cit.*, p. 332. Nous devons avouer que cette constatation de M. Morand traduit d'ailleurs à peu près ce qui se passe, même actuellement, en Egypte devant les tribunaux *Charieh* chargés de statuer sur les affaires du statut personnel (régies, en droit égyptien, par les principes du droit musulman), lorsqu'il s'agit notamment de compter le nombre de témoins requis ou de vérifier la concordance parfaite de leurs dépositions ainsi que les autres conditions légales d'admission et de validité.

(159) Le *Coran* et la *Sunna* sont les deux sources fondamentales de la législation islamique. Sur les sources du droit musulman en général, cf. MOHANNA, *op. cit.*, pp. 277 et suiv.

du juge. Loin d'imposer à celui-ci un effet nécessaire inhérent au nombre de témoins indiqué, le texte lui demande en effet de ne considérer que ceux des témoignages qu'il accepte comme conformes à sa propre conviction.

Mais on comprend très bien qu'une fois son choix fait sur les témoins, le juge soit lié par les dépositions de ceux-ci. C'est tout à fait logique puisque, en revanche, il peut de la sorte toujours déclarer inadmissible, faute de l'accomplissement des conditions légales, tout témoignage qui ne serait pas de nature à entraîner sa conviction intime.

Ajoutons que le Prophète lui-même, qui fut le premier juge de l'Islam, avait donné, par la liberté qu'il s'était reconnue pour se convaincre de la vérité des faits à lui soumis — et il fut suivi en cela par les grands juges qui lui succédèrent aux premiers temps de l'Islam —, l'exemple que tout juge devrait suivre dans son appréciation et sa recherche de la vérité (160). Il a même exprimé ce principe du jugement basé sur l'intime conviction du juge dans le célèbre *hadith* (161) qui porte : « Répoussez les *Houdouds* (peines légales) par le doute. » Ce *hadith* laisse en effet entrevoir la liberté dont jouit le juge dans la formation de sa conviction, du moment qu'il lui recommande de ne point condamner lorsqu'il existe un doute dont il est l'unique appréciateur (162).

(160) Il n'est pas sans intérêt de noter à ce propos, que la conduite du Prophète a la valeur d'une loi, car elle fait partie de la *Sunna*, seconde source principale de la législation.

(161) Le *hadith* est toute parole émanant du Prophète. Il fait également partie de la *Sunna*.

(162) Le *hadith* en question entend par le terme *houdouds* la peine ou la condamnation en général. Il ne signifie donc aucunement qu'au cas de doute le juge soit autorisé à prononcer une peine moindre à la

Tel est donc le véritable principe qui se dégage de l'examen direct des dispositions mêmes du Coran et de la Sunna, ainsi que l'observation de l'attitude des premiers juges de l'Islam dans leur recherche de la vérité judiciaire. Il faut par suite considérer comme une déviation du principe originel de la loi islamique, la doctrine et la pratique judiciaire qui finirent par enfermer le juge dans des limites si étroites et si paralysantes qu'elles lièrent sa conviction morale.

C'est ce qui fait d'ailleurs, paraît-il, que certains auteurs et juristes, tels que Omar Bey Loutfy, tiennent à soutenir qu'en droit musulman la preuve est plutôt morale que légale (163).

70. — Il faut reconnaître cependant que si les sources fondamentales du droit musulman consacrent le principe de l'intime conviction du juge, elles n'en renferment pas moins les éléments d'une théorie de preuves légales, au moins les éléments négatifs.

Aussi faut-il, afin de dégager le véritable aspect du système des preuves en droit musulman — tant d'après les textes authentiques que d'après la doctrine et la pra-

peine *houdoud*, comme c'était le cas dans l'ancien droit français qui autorisait le juge, en présence d'une preuve imparfaite, à prononcer une peine dite *gracieuse*, admettant par là un milieu entre la culpabilité et l'innocence.

(163) Cf. également MOHANNA, *op. cit.*, pp. 374 à 377 et les autorités auxquelles il renvoie. Cette même opinion fut d'ailleurs, depuis longtemps, professée par un grand juriste du rite Chafeite, qui déclare notamment : « Tout le monde est d'accord que même si l'affaire est légalement prouvée, le juge ne doit jamais prononcer une condamnation, à moins d'avoir la conviction intime que la partie condamnée a tort, et même il peut condamner sur sa seule conviction, à moins qu'il ne s'agisse d'une peine non rémissible pour laquelle la loi exige une preuve spéciale. » (El Nawawi, *Minhadj At-Talibin*, III, p. 276.)

tique judiciaire, — combiner le principe du jugement par l'intime conviction que nous avons retrouvé, avec la théorie légale que nous avons exposée (164).

Ce qui revient à dire, en somme, que le système musulman serait en quelque sorte un système de preuves du genre intermédiaire qui, tout en réglementant une théorie de preuves légales, ne l'impose pourtant à la conscience du juge qu'autant que sa conviction intime y est conforme.

Quoi qu'il en soit, même en admettant la thèse extrême qui veut ne voir dans le système musulman qu'une théorie de preuves purement légales, cette affirmation n'apporterait à notre précédente constatation, quant à la prédominance universelle de la preuve de conviction à l'heure actuelle, qu'une réserve fort minime, proportionnée assurément au domaine restreint qu'occupe la législation de l'Islam dans le droit positif contemporain.

(164) La législation musulmane étant en effet, dans sa majeure partie, l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, nous sommes tenu de considérer cette théorie de preuves légales comme l'expression de la thèse classique du droit musulman.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PREUVE
PAR L'INTIME CONVICTION
EN DROIT FRANÇAIS

Dispositions préliminaires.

71. — Position du principe de l'intime conviction du juge ; l'ancien article 342 du Code d'instruction criminelle.
72. — Précisions sur le sens du mot *conviction*.
73. — Plan de la deuxième partie.
-

71. — Les développements que nous avons donnés sur l'enchaînement entre la forme de la procédure et le système des preuves nous ont conduit à constater en dernier lieu que la procédure mixte, telle qu'elle fut formulée par le Code d'instruction criminelle français, est de nature à entraîner, quant aux preuves, le principe de l'intime conviction du juge. Le législateur français n'a du reste pas laissé le moindre doute sur cette dernière conclusion. Nous avons vu en effet comment le principe de la preuve de conviction fut introduit par la Constituante, lorsqu'il s'agissait précisément d'instituer le jury et la procédure orale et publique, en abrogeant ainsi à la fois et l'ancienne procédure inquisitoire et le système des preuves légales duquel elle s'était accommodée pendant des siècles.

Le Code d'instruction criminelle recueillit par la suite toutes les conquêtes du législateur de la Révolution sous ce rapport. Pour ce qui est du système des preuves, il posa, dans les termes les plus formels et les plus catégoriques, le principe de l'intime conviction du juge. C'est dans ces termes en effet, que s'exprimait l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle, emprunté presque tex-

tuellement à l'instruction criminelle de 1791 : « Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre : « La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point : *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins* ; elle ne leur dit pas non plus : *Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices* ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction ?*

Poursuivant sa sollicitude dans l'affirmation du nouveau principe, et visant à délivrer la conscience des jurés de toute influence pouvant, le cas échéant, corrompre leur intime conviction, le législateur avait en outre ajouté : « Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation : c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher, et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite

ni la punition des délits, ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute. »

Cette dernière partie de l'art. 342 fut abrogée par la loi du 5 mars 1932, ayant pour objet d'associer le jury à la Cour d'assises pour l'application de la peine. Le reste du texte a été de même abrogé tout dernièrement par l'effet de la loi du 25 novembre 1941, portant réforme de l'organisation et du fonctionnement du jury et d'une façon générale de la procédure devant la Cour d'assises (164 *bis*).

Il est à peine besoin de remarquer cependant que cette abrogation ne porte, de quelque manière que ce soit, aucune atteinte au principe de la preuve par l'intime conviction, ni à sa portée. Le fait même que l'abrogation s'est effectuée en deux étapes atteste que, loin d'entendre toucher au principe régissant le système des preuves, le législateur a cherché tout simplement à mettre les textes du Code d'instruction criminelle en harmonie avec les nouvelles réformes, qui furent introduites à deux occasions distinctes : en 1932, la dernière partie de l'art. 342 ne pouvait plus convenir à la situation du jury appelé désormais à délibérer avec la Cour sur l'application de la peine ; en 1941, ce qui restait de l'ancien art. 342 et s'adressait originellement aux jurés délibérant seuls dans leur chambre sur le point de fait, ne pouvait plus s'harmoniser avec la nouvelle situation créée par la loi du 25 novembre 1941 ; cette loi soumet en effet la solution de ce point de fait à la décision des jurés et de la Cour délibérant en commun.

D'autre part, en introduisant la nouvelle réforme de 1941

(164 *bis*). Cf. Loi du 25 novembre 1941 : *Journal officiel*, 12 décembre 1941 ; G. P. 17-18 décembre 1941.

le législateur a peut-être jugé superflu de consacrer de nouveau un texte particulier à un principe solidement enraciné dans la législation et constamment rappelé et confirmé par la jurisprudence. Ce qui est d'autant plus vraisemblable que le principe en question demeure formellement exprimé par l'art. 312 qui est resté inchangé et qui s'exprime en ces termes : « Le président adressera aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : — « Vous jurez et promettez devant Dieu et devant les hommes... de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction... »

En matière criminelle, la preuve par l'intime conviction est du reste constante du seul fait que les dispositions du Code d'instruction criminelle relativement aux preuves ne laissent point entrevoir le contraire, comme nous le verrons par la suite.

Ajoutons seulement, qu'en dépit de l'abrogation de l'ancien art. 342 C. Instr. crim. que nous avons reproduit plus haut, nous avons jugé opportun de maintenir ce texte à la base de nos développements en vue de préciser la portée générale du principe de la preuve de conviction en droit français. C'était en effet dans les termes mêmes de ce texte que le législateur avait entendu formuler sa volonté quant à la substitution du système des preuves morales à l'ancien système des preuves légales.

72. — Dans le texte de l'ancien art. 342 que nous venons de citer, le législateur fait usage du mot *conviction*.

Dans les acceptions philosophiques, ce terme peut avoir une signification qui ne soit pas tout à fait la même que

celle du mot *certitude* (165). Nous voulons cependant affirmer tout de suite que dans le langage juridique, tout comme dans l'usage courant, *conviction* et *certitude* sont synonymes (166). Cette égalité se rencontre d'ailleurs presque constamment dans les écrits des juristes, qui emploient indifféremment les deux termes.

Ajoutons également que la précédente affirmation ressort des débats mêmes de l'Assemblée Constituante sur le projet qui aboutit enfin à l'instruction qui fut introduite dans l'ancien art. 342. Dans leurs discussions à ce propos, les Constituants entendaient en effet par *conviction* le but même que le système des preuves se propose d'atteindre, la garantie suprême de la vérité en justice (167). Or, nous savons que c'est la *certitude* qui constitue ce but et cette garantie.

Une réserve s'impose cependant. C'est que la *conviction* n'est, sous le rapport qui nous occupe, rigoureusement synonyme de *certitude* que lorsque celle-ci est envisagée

(165) Ainsi, la *conviction* différerait de la *certitude* « en ce qu'elle admet une part de probabilité et par conséquent une possibilité d'erreur, pratiquement négligeable, mais non théoriquement nulle ». (André LALANDE : *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, sous le mot : conviction, p. 136). En d'autres termes, la *conviction* consisterait alors dans un état d'esprit où, pour des motifs graves bien entendu, on croit posséder la vérité, tandis que dans la *certitude* notre croyance à l'existence de la vérité serait affirmée, non seulement parce que nous nous appuyons sur de graves motifs, mais encore parce que notre esprit se trouverait dans une situation telle qu'à nos yeux disparaisse tout autre motif pouvant admettre le contraire. (Rapp. MITTERMAIER, pp. 75 et 76.)

(166) Cf. E. LITTRÉ : *Dictionnaire de la langue française* ; et *Dictionnaire de l'Académie française* (sous le mot *conviction*).

(167) Cf. notamment les paroles de M. TOURET qui s'exprime dans ces termes : « ... La conviction morale subjugue tout quand elle est ressentie, ... c'est le véritable critérium de la vérité humaine... » (Séance du 11 janvier 1791).

dans le sens particulier de la *certitude morale*. Et c'est justement sous cette réserve que les juristes se permettent d'employer indifféremment les deux termes (168).

Sous cette même réserve, et en attendant d'expliquer par la suite ce qu'on entend par *certitude morale* dans l'acception scientifique, nous nous permettons de même d'employer indifféremment les deux termes en question. C'est du reste la méthode que nous avons suivie dès le début de ce travail.

73. — Le texte de l'art. 342 ancien est assez prolixé lorsqu'il s'agit simplement de poser le principe de la preuve de conviction. Il est au contraire assez laconique quand il est question de déterminer la signification générale de ce principe, son domaine et ses modalités d'application, en un mot sa portée du point de vue théorique et pratique.

A part quelques indications très sommaires, qu'on a d'ailleurs peine à dégager du texte même de l'art. 342, force est de recourir constamment à la doctrine et à la jurisprudence afin de préciser le double point de vue en question.

Au point de vue théorique, quelques notions philosophiques ou semi-philosophiques sont indispensables afin de déterminer et de délimiter le véritable sens de l'idée de la preuve par l'intime conviction. C'est ce que nous entendons développer dans un premier chapitre assez succinct. Dans ce chapitre, le domaine étant pour nous à moitié

(168) Cf. par exemple, FAUSTIN HÉLIE, t. IV, p. 326, où il considère que c'est la *certitude morale* qui forme la conviction du juge. Cf. également GARRAUD, t. I, p. 517, qui considère nettement qu'il revient au même de dire *conviction* ou *certitude morale*.

étranger, nous ne nous y introduirons qu'avec la plus grande circonspection. Cela explique à la fois la brièveté de l'exposé et notre constant appui sur des citations doctrinales.

Au point de vue pratique, nous avons estimé que la portée générale du système des preuves morales pourrait se déterminer en traitant les quatre points suivants :

1^o Le domaine d'application du principe de la preuve de conviction ;

2^o Les conséquences ou les effets de ce principe ;

3^o Les garanties qu'offre l'organisation procédurale à l'égard de la liberté laissée au juge par l'effet du principe.

4^o Enfin les exceptions que la loi apporte à ce principe.

Quatre chapitres seront respectivement consacrés à ces quatre points.

Il y a lieu d'ajouter que, au cours de cette deuxième partie, tout en portant notre étude sur le droit français principalement, nous entendons en réalité donner un exposé plus général du système des preuves morales qui, dans presque toutes les législations qui l'ont adopté, se trouve réglementé d'une façon à peu près identique.

CHAPITRE PREMIER

La portée théorique du principe de la preuve par l'intime conviction.

74. — Nous avons constaté, au début de cet ouvrage, que le système des preuves morales est le seul système à la fois naturel et rationnel. Mais nous avons également mis en garde contre toute illusion sur la véritable signification de cette supériorité, en laissant entrevoir que ce système n'est pas tout à fait infaillible, et qu'il comporte, quant à sa valeur réelle, certaines réserves.

Ces réserves se rapportent à la vérité au double point de vue théorique et pratique. Dans ce chapitre nous nous bornerons aux seules réserves théoriques qui pourront contribuer à délimiter la véritable portée théorique du principe de la preuve par l'intime conviction.

Deux idées principales doivent cependant être mises en lumière afin d'arriver à cette délimitation : d'une part, l'imperfection naturelle et, partant, la faillibilité éventuelle de l'intime conviction du juge — et c'est uniquement à cette première idée que se rattachent les réserves théoriques en question ; d'autre part, la nécessité de ne point comprendre la certitude judiciaire dans le sens d'une pure impression passagère ou d'un sentiment improvisé du juge.

La première de ces idées ressort nettement des caractères mêmes de la certitude, ainsi que de la manière dont

elle se forme normalement dans la conscience du juge. La deuxième idée tient, au contraire, aux conditions qui doivent présider à l'acquisition de la certitude judiciaire chez les magistrats. Nous allons ainsi exposer ces deux idées en examinant successivement :

- 1^o La formation et les caractères de la certitude ;
 - 2^o Les conditions d'acquisition de la conviction du juge.
-

SECTION I. — FORMATION ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA CERTITUDE.

75. — Des différentes espèces de certitude.
 76. — Définition de la certitude *morale*.
 77. — Manière dont se forme la certitude dans la conscience. Définition simpliste de la *conscience* ; la lutte qui s'y engage entre les motifs du pour et les motifs du contre. Incontrôlabilité de tous les motifs de la certitude ; une raison de défiance.
 78. — Principaux caractères de la certitude : la subjectivité et la relativité. Leur effet déconcertant quant à la valeur théorique de la preuve de conviction.
 79. — Remarque finale : malgré ses défectuosités possibles la certitude morale est satisfaisante pour l'esprit humain. Il existe d'ailleurs d'autres raisons de confiance.
-

75. — Jusqu'à présent nous n'avons évoqué la notion de *certitude* que d'une manière très générale. La certitude *morale*, seule base des jugements, doit être pourtant distinguée des autres espèces de certitude.

Dans les acceptions des philosophes, la certitude comporte en effet plusieurs nuances, soit d'après les causes qui la produisent, soit selon la nature des propositions sur lesquelles elle doit porter.

Dans le premier ordre d'idées, on distingue la certitude *intuitive* qui repose sur l'évidence, et la certitude *inductive* consécutive à un raisonnement et à une démonstration. La certitude *inductive* est d'autre part, ou bien *mathématique* ou bien *morale* et *historique*, c'est-à-dire reposant, soit sur l'appréciation des faits qui n'ont pas passé sous nos yeux, soit sur la déduction des lois et des idées généralement admises par la conscience humaine (169).

Dans le second ordre d'idées, on distingue également la certitude *métaphysique*, la certitude *physique* et la certitude *morale*. Elle est *morale*, dans ce second sens, lorsqu'il s'agit d'un rapport d'idées morales (170).

76. — Après ces distinctions, on conçoit très bien que la certitude morale ait été définie « la disposition d'esprit d'un homme assuré de la vérité d'une proposition relative à l'existence d'un fait qui ne s'est pas passé sous ses yeux (171) ».

Remarquons que cette définition ne diffère guère de la définition générale de la certitude, que nous avons précédemment citée à plusieurs reprises, qu'en ce qu'elle spécifie plus particulièrement le caractère historique de la certitude morale, en précisant qu'elle porte sur les propositions d'un fait qui ne s'est pas passé sous nos yeux.

77. — La précédente définition nous permet maintenant de déterminer la manière dont se forme la certitude judiciaire chez le juge. Il s'agit en effet d'une *disposition de*

(169) FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1760, p. 325.

(170) Dans la certitude *métaphysique*, il s'agit d'un rapport d'idées purement abstraites. Dans la certitude *physique* il s'agit au contraire d'un rapport d'idées sensibles. (Cf. FILANGIERI, *op. cit.*, p. 348.)

(171) FILANGIERI, *ibid.*,

l'esprit. Ce qui signifie, en d'autres termes, que la certitude est une opération de conscience. Il convient par suite d'essayer de définir la *conscience* pour voir ensuite comment elle arrive à enregistrer la certitude.

La *conscience* a été conçue, d'une manière très simpliste, comme « une lumière intérieure qui se projette sur tous les faits de la vie, un juge qui apprécie toutes les actions et les approuve ou les blâme (172) ». Elle est également considérée comme dépositaire de la loi morale qui, en particulier, sépare le juste et l'injuste, la vérité et le mensonge. Chaque fois donc que l'on interroge sa conscience, c'est en suivant les préceptes de cette loi que la réponse est dictée. Et il faut considérer par suite que le recours à la conscience pour découvrir la vérité et acquérir la certitude est, en définitive, le recours à cette loi morale primitive et innée en nous-mêmes.

Afin de concrétiser davantage les idées précédentes, nous reprendrons volontiers ici une métaphore dont nous avons déjà usé, quand nous assimilions le système des preuves à une *balance* de la certitude. Avec le système des preuves de conviction, cette métaphore ne perd rien de sa valeur. La loi fait ici en effet de la conscience du juge cette même balance suprême, qui pèse les faits et fait naître ensuite l'intuition la plus précieuse dans la détermination du sort des biens les plus estimables.

Voyons maintenant, d'un peu plus près, comment se passe cette opération de balance, où la conscience du juge s'efforce de peser les faits pour en dégager la vérité certaine.

(172) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, p. 343. Sur le véritable sens psychologique de la *conscience*, cf. surtout Edmond GOBLOT : *Le vocabulaire philosophique*, pp. 141 et 142.

Sur *l'aiguille* de cette balance, les faits du monde extérieur produisent des impulsions dans les sens les plus divers, provoquant « une sorte de lutte entre les motifs pour et contre, et la conviction se forme de ceux qui triomphent » (173).

Mais le résultat final de ce débat n'est pas, relativement aux mêmes faits, nécessairement identique chez tous les juges ; car les mouvements produits par les faits sur la conscience varient d'intensité suivant les individus. Ainsi l'expérience, l'habitude, l'habileté personnelle, les dispositions du moment, l'environnement où l'on vit et les idées dont on est imbu, sont des motifs qui exercent sur l'appréciation de la conscience autant d'influence dans les sens les plus divers. La certitude n'est, après tout, que le corollaire nécessaire des motifs qui, dans cette lutte engagée au sein de la conscience, se montrent les plus influents et les plus déterminants.

Il faut ajouter également qu'on ne saurait toujours calculer ni contrôler tous les motifs dont le concours aboutit, dans la conscience du juge, à la formation de sa conviction dans un sens ou dans un autre. La source de la certitude se trouve en effet, comme le dit fort justement Faustin Hélie, « dans mille circonstances matérielles ou morales dont l'esprit ne se rend pas compte au moment où elles agissent sur lui, et qui en déposent le germe, à notre insu, dans notre conscience (174) ».

(173) MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 65.

(174) *Ibid.*, n° 1774, p. 346. Cf. également MITTERMAIER, p. 74, qui déclare notamment qu'il « n'est pas rare de voir le juge déclarer que, quant à lui, et subjectivement parlant, il est pleinement convaincu que l'accusé est coupable, ou qu'il tient pour vrais les griefs de l'inculpation, mais qu'il serait pourtant fort en peine de déduire suffisamment ses motifs ».

On peut donc se demander si, dans ces conditions, l'appréciation de la conscience peut être regardée comme absolument infaillible. On ne saurait évidemment soutenir l'affirmative. C'est d'ailleurs fatal, du moment qu'il s'agit de l'appréciation d'un homme, si juste et si perspicace qu'il soit.

Tout au plus pourrait-on dire que, dégagée des perversions et des aberrations dans lesquelles la feraient sombrer les passions, les intérêts personnels et le parti pris, la conscience du juge dictera sûrement des jugements qui ne seront jamais désavoués par la raison. Car relativement à la nature humaine, qui n'est elle-même que très imparfaite, ces jugements auront de la sorte atteint le plus haut degré de perfection.

Seulement, est-il vraiment possible que la conscience du juge soit toujours affranchie de tous les motifs risquant de la corrompre ? Non certes. Et il faut reconnaître encore avec Faustin Hélie que « l'homme apporte dans la recherche la plus consciencieuse de la vérité les débilites de son esprit et l'imperfection de ses connaissances, les erreurs qui forment la plus grande part de ce qu'il appelle la science (175) ».

78. — Ce que nous venons d'indiquer relativement à la définition de la certitude morale et à la manière dont elle se forme dans la conscience du juge aidera à en dégager les principaux caractères généraux.

De ce que la certitude est une disposition d'esprit, il s'ensuit en effet, en premier lieu, qu'il s'agit là d'une notion essentiellement *subjective*. Et c'est justement ce caractère

(175) *Ibid.*, n° 1759, p. 324 et 325.

subjectif qui nous la fait distinguer de la notion de *vérité* qui réside, elle, dans les faits, comme nous l'avons souligné précédemment (176).

Pourtant nous ne discutons pas la question si controversée de savoir si la vérité, elle, est objective ou subjective (177). Ce qui est certain c'est que la certitude est subjective. Elle l'est d'autant plus qu'elle est l'œuvre de la conscience qui, dans l'appréciation des faits, reçoit, comme nous le savons déjà, l'influence des motifs les plus divers suivant les individus. « Ce serait méconnaître l'existence de phénomènes évidents, dit Mittermaier, et vouloir vivre dans une illusion complète que d'oublier que dans toute cause où il s'agit de décider au fond quelle est la vérité, la conviction procède de l'individualité du juge (178). »

« Si donc, dit-il encore, il était possible d'assister, dans l'esprit de tous, à la naissance et aux progrès des convictions qui s'y développent, au moment où le tribunal est

(176) « Je vois dans la certitude, dit Filangieri (*op. cit.*, p. 345 et 346) un état de l'esprit indépendant de la vérité ou de la fausseté de la proposition sur laquelle tombe cette certitude. Je puis croire vraie une proposition qui de sa nature est fausse, et cette opinion peut être dans moi une certitude. Je puis encore être sûr d'une proposition dont un autre doute et douter de celle dont un autre est assuré. Combien de fois, en effet, l'erreur a-t-elle été l'objet de la certitude et la vérité l'objet du doute ? » Rapp. Edmond GOBLOT, *op. cit.*, sous le mot *certitude*, p. III.

(177) Nous hasardons néanmoins cette impression que dire la vérité est subjective serait en réalité confondre la notion de vérité et celle de certitude sans s'en rendre compte peut-être. Et c'est justement ce qu'ont fait quelques juristes qui, commençant par discuter la question par rapport à la *vérité*, ont fini par porter leurs réflexions plutôt sur la conviction. Cf. notamment Mittermaier, p. 70. Il faut reconnaître cependant que dans sa conclusion (p. 73 et 74) cet auteur n'a pas manqué de distinguer les deux notions.

(178) MITTERMAIER, p. 72.

appelé à juger sur les preuves artificielles qui lui sont produites, on s'assurerait aussitôt de la diversité des motifs qui font leur conviction (179). »

Dire que la certitude est subjective, dans le sens que nous venons de préciser, c'est reconnaître à peu près son caractère *relatif*. C'est en effet évident du moment qu'elle ne peut résulter que de l'appréciation de la conscience qui est elle-même sujette à toutes sortes d'influences risquant de l'induire parfois même en erreur, et qu'on ne saurait, dans ces conditions, prétendre détenir la certitude absolue. « Il n'est pas donné à l'homme d'atteindre la certitude absolue ; il doit se contenter d'une certitude relative, qui ne lui arrive qu'à travers toutes les passions et toutes les impuissances qui l'agitent et le compriment (180). »

Il est clair maintenant que les deux précédents caractères de la certitude, la subjectivité et la relativité, sont loin de nous inciter à croire à l'infailibilité ou à la perfection de la preuve par l'intime conviction du juge. Tout au contraire, joints à la manière dont se forme la certitude dans la conscience du juge, ces caractères sont de nature à nous porter à n'accepter la valeur, même théorique, du système de la preuve de conviction qu'avec une extrême réserve.

79. — Ceci ne signifie pas pourtant que la certitude morale ne soit une garantie suffisante à la base des jugements. Il faut se rappeler en effet que cette certitude, toute subjective et relative qu'elle soit, n'en demeure pas moins satisfaisante pour l'esprit humain. Car tout ce que l'on

(179) *Ibid.*, p. 73.

(180) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1759, p. 325.

peut demander à la justice humaine c'est une certitude raisonnée.

Nous verrons tout à l'heure quand la certitude peut être qualifiée ainsi. Ce qu'il convient de retenir pour l'instant, c'est que la certitude morale ne saurait être repoussée comme base des jugements, chaque fois qu'elle ne paraîtrait pas de nature à exclure toute hypothèse contraire. « Que si la législation, dit Mittermaier, se refusait systématiquement à admettre la certitude, toutes les fois qu'une hypothèse contraire demeurerait imaginable, on verrait aussitôt les plus grands coupables impunis, et par suite, l'anarchie fatalement introduite dans la société (181). »

Les précédentes indications sur la formation et les caractères généraux de la certitude n'ont eu, du reste, pour but que d'apporter une certaine réserve à la valeur théorique de la certitude morale, et de mettre en garde, par conséquent, contre toute exagération de la véritable portée théorique de la preuve par l'intime conviction du juge. Elles ne délimitent ainsi cette portée que d'un seul point de vue, celui de la défiance.

Il reste donc, pour achever la délimitation en question, à envisager l'autre point de vue, celui de la confiance et de la quiétude. Cela ressortira de l'examen des conditions qui doivent présider à l'acquisition de la conviction chez le juge. Et c'est cet examen que nous allons entreprendre maintenant.

(181) MITTERMAIER, p. 79.

SECTION II. — CONDITIONS GÉNÉRALES D'ACQUISITION
DE LA CERTITUDE CHEZ LE JUGE.

80. — La certitude judiciaire implique, pour son acquisition, deux conditions générales élémentaires. Division.

§ 1. — *Nécessité de puiser la conviction dans des preuves judiciaires.*

81. — Le juge doit appuyer sa conviction sur des preuves admises par l'ensemble de la législation et ressortissant à la cause. Les éléments de la conviction.

• § 2. — *Nécessité de se livrer à un travail de raisonnement.*

82. — Le juge doit suivre les règles de la logique. Le raisonnement : définition ; ses deux méthodes logiques.

§ 3. — *Sanction des deux conditions précédentes (voir § 1 et § 2).*

83. — Une sanction légale : le contrôle de la Cour de cassation.

84. — Une sanction morale : le contrôle de la conscience même du juge ; l'amour de la vérité et le sentiment du devoir.

85. — Quelques règles de doctrine pour guider le juge dans son travail de raisonnement.

86. — Critérium doctrinal de l'existence de la certitude. Distinction de la certitude et de la probabilité.

80. — Le principe de la preuve par l'intime conviction du juge est vraisemblablement susceptible d'induire gravement en erreur quant à la portée du pouvoir qu'il accorde au juge dans la constatation de la vérité certaine. Ainsi, on aurait peut-être tendance à croire que, du moment qu'il s'agit d'un recours à la conscience du juge en vue d'obtenir son intime conviction, la justice ne sera fondée, en dernier lieu, que sur de pures impressions ou sur des sentiments personnels, affranchis de toute contrainte.

Telle n'est point pourtant la véritable portée théorique du principe en question. La certitude judiciaire implique, par la nature même des choses, pour son acquisition, cer-

taines conditions élémentaires que le juge doit observer, sous peine de violer le principe même de la preuve de conviction, avec toutes les conséquences que cela pourrait entraîner, comme nous le montrerons plus loin.

Le texte même de la loi paraît rappeler ces conditions, quoique d'une manière, il est vrai, générale et peu précise. Après avoir posé le principe de la liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve, faute de règles établies à cet effet, l'art. 342 ancien déclarait en effet notamment que la loi prescrivait aux jurés « de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense ». Le texte montre ainsi en toute évidence que la loi ne laisse point libre cours aux sentiments des juges. Elle ne fait même aucun appel à leurs sentiments. Elle fait appel à leur conscience, et encore en leur traçant le chemin que celle-ci doit suivre dans son appréciation. Il s'agit en effet, nous ne nous lassons pas de le répéter, de l'impression qu'auront faite les preuves sur la raison des juges, c'est-à-dire d'un travail d'intelligence ayant pour point de départ les éléments de preuve pour et contre, fournis par les circonstances particulières du procès.

Il s'ensuit donc que tout en consultant librement sa conscience, le juge, dans sa recherche de la certitude qui doit fixer sa décision, n'en demeure pas moins soumis à deux conditions ou limites d'ordre général et élémentaire :

1^o La nécessité de puiser sa conviction dans des preuves judiciaires ;

2^o La nécessité de se livrer à un travail de raisonnement.

Nous allons examiner respectivement ces conditions dans deux paragraphes. Dans un troisième paragraphe, nous verrons dans quelle mesure elles sont sanctionnées.

§ 1. — *Nécessité de puiser la conviction dans des preuves judiciaires.*

81. — La conviction du juge doit naturellement s'appuyer sur des preuves. Le système de l'intime conviction ne permet pas en effet au juge de se passer, dans sa recherche de la vérité certaine, des moyens de preuve propres à cet effet. Car c'est avant tout un *système de preuves*, tout comme le système des preuves légales, avec cette différence, il est vrai, qu'il laisse au juge la libre appréciation de la valeur probante des preuves en question.

La notion de la certitude morale, c'est-à-dire de la certitude qui s'acquiert au moyen d'une démonstration, suppose d'ailleurs, par cela même, la mise en cause de certaines preuves susceptibles précisément de faire cette démonstration. Il est donc évident qu'avant de se déclarer convaincu, le juge doit posséder les éléments de preuve qui serviront à la fois d'éléments à sa conviction et de motifs pour sa décision.

Nous ne devons pas ici confondre avec ce que nous avons précédemment constaté quant aux *motifs* de la conviction. Ces motifs, avons-nous dit, sont parfois fort nombreux et très fugitifs, de sorte qu'il serait pratiquement impossible de les saisir ou de les contrôler tous. Aussi le juge est-il en droit de n'en rendre aucun compte. Par contre, les preuves qui auront servi à la démonstration de la vérité et qui constituent ainsi en quelque sorte les *motifs directs*, disons plutôt les *éléments* de la conviction du juge,

sont parfaitement calculables et saisissables. Il s'ensuit qu'il est toujours possible d'en demander au juge un compte rigoureux, afin d'en contrôler l'existence. Nous reviendrons d'ailleurs plus longuement, dans la suite de cet ouvrage, sur l'intérêt qu'il y a, comme nous venons de le voir, à distinguer les *motifs* de la conviction et les *éléments* de la conviction.

L'existence de la preuve comme fondement des décisions judiciaires est une garantie élémentaire de la justice. Elle est également la garantie tangible d'une conviction bien établie se distinguant des pures impressions passagères.

Cette garantie est d'autant plus efficace et sérieuse que l'ensemble de la législation met à la disposition du juge un certain nombre de moyens de preuve élaborés depuis longtemps. Telles sont les diverses preuves que nous connaissons.

La première condition de l'existence de la certitude morale du juge est donc de s'appuyer exclusivement sur quelques-unes de ces preuves judiciaires. Il ne saurait par conséquent les remplacer par d'autres procédés prohibés ou non autorisés par la loi, tels par exemple que les épreuves judiciaires ou le combat judiciaire des temps anciens. Il ne saurait non plus s'en passer complètement, car sa conviction manquerait alors de fondement et dégénérerait en impression improvisée.

Notons, d'autre part, que dans un procès donné, le juge est tenu de n'établir sa conviction que sur les preuves que fournissent les circonstances de ce procès même. Toutes les circonstances de la cause se présentent en effet généralement à lui sous forme de preuves ou de présomptions pour ou contre l'inculpé, et constituent ainsi pour lui autant d'éléments de conviction. Mais il ne saurait, d'un autre

côté, aller chercher cette conviction en dehors des preuves ressortissant à la cause, quelque insuffisantes que celles-ci puissent paraître à ses yeux. C'est en réalité ce que l'art. 342 visait par « preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense ».

Cette exigence est fort logique. Elle constitue en effet une limite élémentaire à la subjectivité de la conviction du juge. Elle se rattache du reste à l'une des garanties essentielles que la loi pose à l'égard de la liberté laissée au juge en matière de preuve et que nous retrouverons dans la suite de l'ouvrage (181 bis).

§ 2. — *Nécessité de se livrer à un travail de raisonnement.*

82. — Point n'était besoin de spécifier, dans le texte de la loi, l'obligation pour le juge de ne former sa conviction qu'à la suite d'un travail de réflexion et de raisonnement. La notion de la certitude morale implique en effet, par définition même, la nécessité de ce raisonnement, du moment qu'on ne peut l'atteindre que par voie de démonstration.

C'est cet effort d'intelligence, auquel doit se livrer le juge afin d'obtenir la conviction, qui caractérise plus particulièrement la certitude morale proprement dite, et la distingue des autres impressions passagères de l'esprit. « C'est une erreur de croire, en effet, que, pour former son intime conviction, le jury peut s'attacher à des impressions sentimentales et superficielles et qu'il n'a pas besoin de se livrer à une analyse attentive et raisonnée des faits et des circonstances de la cause... ; il doit former sa conviction par un travail de réflexion et de conscience

(181 bis) Cf. *infra*, surtout nos 130 et suiv.

et se soumettre lui-même aux règles de la logique et de la dialectique naturelles (182). »

C'est cette base de logique et de raisonnement, dans l'acquisition de la conviction, qui renferme également les sources de la confiance que nous devons accorder à celle-ci.

Le raisonnement a été défini, en thèse générale et en des termes très simples : « la mise en rapport par l'intelligence entre certains faits connus est le fait contesté (183) ». C'est pour le juge, en des termes encore plus simples, tout effort effectué par la raison dans l'analyse et l'investigation des circonstances de la cause en vue de conclure à la culpabilité ou à l'innocence de l'inculpé.

Le raisonnement est gouverné par deux méthodes logiques précises. Ce sont l'*induction* et la *déduction*. Dans son travail d'intelligence, pour acquérir la certitude, le juge doit donc avoir recours à ces méthodes logiques. Il y a là en effet une double base essentielle de la certitude.

On constate à ce propos, qu'à part les preuves dites *directes* ou d'*évidence* — telle est la preuve résultant de l'expérience personnelle du juge et acquise par exemple dans une visite des lieux où s'est passé l'acte incriminé — toutes les autres preuves sans exception, quelle que soit leur nature, impliquent un travail de raisonnement, dans l'une ou l'autre des formes précédentes.

C'est évident en ce qui concerne les *présomptions* qui sont par définition « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (art. 1349 du Code civil). Mais cela n'en est pas moins vrai pour les

(182) GARRAUD, t. I, p. 517.

(183) *Ibid.*, t. II, p. 253.

autres preuves, où le juge établit toujours un rapport logique entre le fait connu et le fait contesté. (184).

Dans tous les cas, le raisonnement est donc une opération intellectuelle indispensable au juge pour former la conviction intime que la loi lui demande.

§ 3. — *Sanction des deux conditions précédentes.*

(Voir § 1 et § 2.)

83. — La nécessité de s'appuyer sur des preuves judiciaires, ainsi que le devoir de se livrer à un travail de raisonnement consciencieux afin de former sa conviction, constituent donc pour le juge deux limites élémentaires qui, sans gêner la liberté que lui reconnaît le système des preuves morales, délimitent le sens et la portée véritables de la notion même de la preuve par l'intime conviction.

Elles constituent également deux raisons d'accorder confiance au principe de la certitude morale, pour autant qu'on est sûr qu'elles ne seront point violées ou dépassées. A cet égard, nous constaterons que le respect de la première de ces deux limites est sanctionné par le contrôle rigoureux de la Cour de cassation, ce qui nous fournit une très sérieuse garantie. Nous verrons également que la Cour de cassation parvient, dans une certaine mesure, à soumettre à son contrôle tout abus que le juge se permettrait de commettre à l'encontre des règles du raisonnement et de la logique.

84. — Il faut avouer cependant que ce dernier domaine

(184) Notons cependant qu'entre les présomptions et les preuves ordinaires il existe, sous ce rapport, une certaine différence qui consiste en ce que, dans les premières, le travail de raisonnement est plus apparent et plus compliqué (GARRAUD, t. II, n° 499).

échappe généralement à tout contrôle, le juge ne pouvant pas en effet être astreint à rendre compte de son travail de raisonnement et des motifs *psychologiques* de sa conviction.

Mais si la sanction légale manque, la plupart du temps, vis-à-vis de cette seconde limite de la notion de la preuve de conviction, il reste cependant la sanction morale qui, dans le système de l'intime conviction, tient la première place parmi les garanties. Tout l'édifice de ce système repose en effet sur l'absolue confiance que le législateur accorde au juge. C'est, en d'autres termes, le système qui fait honneur à la conscience du juge en plaçant sous sa sauvegarde la sincérité et la justesse des décisions judiciaires. Il faut par suite supposer que, guidé par cette dernière considération, ainsi que par l'amour instinctif de la vérité et le sentiment du devoir, le juge ne manquera pas de faire honneur à lui-même.

85. — C'est d'ailleurs à cette catégorie de juges scrupuleux et consciencieux — qui seuls s'accommodent à la fois de la mission de rendre justice et du principe de la preuve de conviction — que la doctrine adresse, à titre de conseil, certains préceptes regardés comme essentiels dans la recherche de la certitude.

Ainsi, le juge doit d'abord vérifier toutes les circonstances de la cause, puisque ce sont ces faits qui serviront de point de départ à l'opération de raisonnement. Il doit, en second lieu, tirant des conclusions des faits déjà constatés, examiner toutes les hypothèses qui pourraient expliquer le fait incriminé. Il faut enfin que la conclusion à laquelle conduit le raisonnement du juge repose sur un ensemble de motifs solides reconnus par la raison et

l'expérience comme pouvant servir de base à la conviction (185).

86. — Ces règles serviront de guide au juge dans son travail de raisonnement et de réflexion. Mais, arrivé au terme de ce travail, le juge doit, avant de rendre sa décision, pouvoir affirmer qu'il possède la certitude.

Quand peut-on donc faire une pareille affirmation ? Cela revient à se poser la question de l'existence de la certitude. Nous savons que dans le système des preuves légales, la réponse à cette question résulte d'une espèce de calcul auquel procède le juge, en suivant les règles des preuves légales. Dans le système de la preuve de conviction la loi se contente, au contraire, de poser la question au juge en lui laissant toute liberté pour répondre suivant les impressions de sa conscience.

La doctrine indique cependant volontiers au juge une sorte de critérium de l'existence de la certitude morale. Elle souligne qu'on est en droit d'affirmer la posséder au moment où l'esprit se trouve dans une situation telle qu'à nos yeux disparaisse tout autre motif pouvant faire admettre le contraire (186).

La certitude se distingue ainsi de la probabilité qui existe, elle, au contraire « ...quand la raison, s'appuyant sur

(185) Cf. MITTERMAIER, pp. 77 et suiv., et FAUSTIN HÉLIE, t. IV n° 1761.

(186) Il est fort intéressant de constater que certaines législations sont allées jusqu'à exprimer cette idée explicitement dans les textes de la loi. Telle est, par exemple, l'ancienne ordonnance criminelle de Prusse. Il y est dit notamment (§ 393) : « Le juge à une certitude suffisante quand il existe des motifs pleinement convaincants de la vérité du fait, et quand, d'après le cours ordinaire des choses, il serait difficile d'imaginer un motif grave du contraire (Cf. MITTERMAIER, note 13, p. 79 ; et FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1762, p. 328.)

de graves motifs, regarde un fait comme vrai, alors pourtant que les motifs sérieux du contraire ne sont pas complètement anéantis (187) ».

Le juge doit par suite bien se garder de prendre une simple probabilité pour une conviction. Car, si graves qu'elles puissent paraître, les probabilités ne doivent jamais servir de base aux décisions judiciaires. La probabilité peut même parfois approcher de la certitude, mais la conscience éclairée du juge ne saurait l'accepter comme une conviction, tant que la possibilité du contraire subsiste. Dans ce cas, en effet, il reste toujours une place pour le doute.

(187) MITTERMAIER, p. 79.

CHAPITRE II

Domaine d'application de la preuve de conviction.

87. — Le législateur français n'a, il est vrai, proclamé le principe de la preuve de conviction qu'en matière criminelle : ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle. Les principes que posait ce dernier texte sont pourtant d'une portée absolument générale et sont par suite également applicables en matière civile. Ceci en dépit d'une opinion, qui semble courante, que la preuve de conviction serait l'apanage du juge répressif exclusivement. Aussi convient-il de donner quelques précisions sur ce point, afin de bien illustrer la portée générale de ce principe en droit français, et dissiper de la sorte toute confusion à cet égard.

Par ailleurs, la situation qu'occupait le même article 342 dans le Code d'instruction criminelle, peut soulever des doutes quant au véritable domaine d'application des principes qu'il consacrait en matière criminelle même. Malgré la place qu'ils occupaient en effet, ces principes sont applicables à toutes les juridictions répressives d'une part, et à toutes les phases du procès pénal d'autre part.

Ainsi, quoique notre étude ne considère que le domaine répressif et, dans ce domaine, la conviction du juge en ce qui concerne la culpabilité, c'est-à-dire la phase du jugement plus particulièrement, trois points sont cependant

à développer, afin de délimiter le véritable domaine d'application du principe des preuves morales :

- 1^o Son application aux juridictions civiles;
- 2^o Son application à toutes les juridictions répressives;
- 3^o Son application, enfin, à toutes les phases du procès pénal.

Une section sera consacrée respectivement à chacun de ces points.

SECTION I. — APPLICATION DE LA PREUVE DE CONVICTION AUX JURIDICTIONS CIVILES.

88. — Abrogation du système légal et institution en 1791 de la preuve de conviction au civil comme au criminel. Comment s'explique le fait qu'elle fut proclamée au criminel plus particulièrement. Textes légaux qui la prévoient au civil.
 89. — Fréquence des exceptions à la preuve de conviction au civil : les actes juridiques et la théorie de la preuve préconstituée.
 90. — Domaine d'application propre de la preuve de conviction au civil : les faits matériels ; autres exceptions à la théorie de la preuve préconstituée.
 91. — Au civil il s'agirait d'un système de preuves *mixte*.
 92. — La matière criminelle est le domaine d'application par excellence de la preuve de conviction : il s'agit le plus souvent de simples faits matériels.
-

88. — Nous avons vu que l'article 342 ancien posait des règles qui avaient pour double objet d'abroger définitivement, d'une part, l'ancien système des preuves légales, et de lui substituer, d'autre part, le principe de la preuve par l'intime conviction du juge.

Cette abrogation et cette substitution ne sont pas, en réalité, limitées au seul domaine criminel. Quand le légis-

lateur de 1791 les effectua, il entendait supprimer de toute la législation française, aussi bien civile que criminelle, un système qui, dans le droit antérieur, avait donné lieu à des abus et à des injustices, et instituer à sa place un autre système qu'il estimait plus naturel et plus juste.

Le nouveau système, celui de la preuve de conviction, est donc destiné à régir tout le droit français moderne tant au civil qu'au criminel. Il eût été d'ailleurs incohérent de réserver au domaine civil un système de preuve différent de celui qu'on proclamait pour les matières criminelles. C'est que, la certitude étant la même en matière civile qu'en matière criminelle, le système des preuves qui, comme nous le savons, est destiné à l'assurer à la base des jugements, ne saurait donc varier, dans une même législation, selon qu'il s'agit de la rechercher dans l'un ou l'autre domaine du droit.

Tout au plus, la distinction entre le civil et le criminel pourrait-elle donner lieu à quelques nuances dans l'application du même principe dans chacun des deux domaines. C'est ainsi, par exemple, que le principe de l'intime conviction subit au civil quelques exceptions qu'il ne connaît pas au criminel (188), sauf le cas où le juge répressif se trouve saisi incidemment d'une question civile préjudicielle, comme nous le développerons plus à loisir dans la suite de cet ouvrage.

Donc, lorsque le législateur reconnaît au criminel la preuve de conviction comme l'unique principe devant guider le juge dans sa recherche de la vérité certaine, cela doit, sous peine d'inconséquence, s'entendre aussi bien au civil.

(188) Cela est dû évidemment à la diversité d'organisation et de but de la procédure dans chacun de ces deux domaines. Cf. sur ce point BONNIER, n° 97, pp. 79 et suiv. ; GARRAUD, t. I, n° 266 et suiv. ; MITTERMAIER, chap. V, pp. 60 et suiv.

Le fait d'ailleurs que le législateur ne s'est préoccupé de proclamer le principe de la preuve de conviction qu'au criminel s'explique, en réalité, par des raisons qui n'ont aucunement trait à une distinction envisagée à dessein, sous ce rapport, entre le civil et le criminel. Ces raisons tiennent en effet aux circonstances mêmes qui précéderont ou accompagneront le vote des principes nouveaux. D'une part, nous savons que c'était surtout en matière criminelle que l'ancien système des preuves légales trouvait son champ d'application par excellence, et faisait le plus sentir ses vices et ses abus. A la suite de la puissante campagne d'idées qui s'était dressée contre ce système pendant tout le XVIII^e siècle, le législateur ne pouvait en outre dut alors s'occuper tout d'abord de l'abolir là où ses ravages avaient le plus révolté les esprits, et d'y substituer le système de la preuve de conviction. Nous avons remarqué, d'autre part, que l'Assemblée Constituante ne se prononça sur la question du système des preuves qu'à propos de l'introduction de l'institution du jury dans la législation française. Les deux questions étaient en effet étroitement liées. Il y avait là par suite une occasion pour proclamer la preuve morale au criminel ou on instituait le jury, plutôt qu'au civil qui, en droit français, ignore cette institution.

La loi n'est pas, du reste, tout à fait muette sur l'application du principe de la preuve de conviction au civil. Le législateur a eu soin, en effet, de l'y affirmer par des textes particuliers mais significatifs, chaque fois que l'occasion le permettait. Ainsi, l'art. 287 du Code de procédure civile dispose : « Pourront les individus âgés de moins de quinze ans révolus être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. » L'article 323 du même Code porte également : « Les juges ne sont point astreints à suivre

l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. » Ces textes consacrent en réalité, comme nous le constaterons davantage par la suite, des applications remarquables du principe de la preuve de conviction (189).

Il faut donc convenir que l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle exprimait et consacrait en réalité le principe général auquel doit s'attacher toute juridiction civile ou criminelle en matière de preuve et de certitude. Il faut convenir par suite également que, dans l'état actuel du droit français, le principe opposé, celui de la preuve légale, constitue l'exception, aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle (190).

89. — Remarquons seulement que par suite de certaines considérations, il arrive précisément dans les matières civiles que cette exception se rencontre si fréquemment qu'elle semble y être la règle. La plus importante de ces considérations tient essentiellement à la nature des faits qu'il s'agit de prouver le plus souvent au civil. Ce sont en effet, la plupart du temps, des faits juridiques, c'est-à-dire des conventions dans le sens le plus large du mot. Or, pour ces faits, le législateur est parti de l'idée que les parties intéressées, ayant presque toujours la possibilité de prendre leurs précautions à l'avance, doivent dresser un acte constatant le fait, et qu'en dehors de cet écrit la preuve orale ne saurait être admise (191). En d'autres

(189) Cf. également l'art. 292 Code de proc. civ.

(190) Cf. BONNIER, n° 272, p. 498 ; n° 817, p. 661 et p. 107.

(191) L'art. 1341 du Code civil porte en effet : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 500 fr., même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ... encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 500 francs... »

termes, le législateur a préféré se rattacher, pour les faits juridiques, à la théorie de la preuve préconstituée et à l'interdiction de la preuve testimoniale ; c'est-à-dire à une véritable preuve légale consistant à constater la vérité par des écrits établis à l'avance, et à la tenir pour démontrée par l'accomplissement de cette condition qui enchaîne alors la conviction du juge et en l'absence de laquelle celui-ci doit se déclarer non convaincu.

C'est surtout à cause de l'importance considérable de cette preuve préconstituée et de la fréquence des présomptions légales au civil, qu'on a souvent tendance à penser que, dans ce domaine, il s'agirait d'un système de preuves plutôt légales. On exprime parfois encore cette même tendance en soutenant que le législateur se tient à égale distance entre les deux systèmes mis en opposition. Cette tendance est à la vérité excusable dans une large mesure, étant donné les nombreuses exceptions que souffre la preuve de conviction au civil (192).

90. — Mais la multiplicité des exceptions ne permet pourtant pas de méconnaître le principe dont le domaine d'application demeure assez considérable même au civil. Ainsi, toutes les preuves y seront admises, même le témoignage, et le juge civil ne suivra alors que son intime conviction, chaque fois qu'il s'agit de faits matériels et non d'actes juridiques (art. 1348 alinéa 1 du Code civil) (193).

(192) A part les exceptions dont nous venons de parler, on peut en effet citer encore comme preuves légales au civil : la force légale de l'aveu (art. 1356 C. civ.) et le serment décisoir (art. 1361 et 1363 C. civ.).

(193) L'art. 1353 du Code civil fait une autre application de cette

Cela s'applique évidemment tout d'abord aux véritables infractions à la loi pénale — que l'art. 1348 alinéa 1 C. civ. qualifie de *délits ou quasi-délits* — susceptibles d'être soumises aux juridictions civiles d'une façon principale ou exceptionnelle (194). Cela s'applique, en second lieu, aux autres faits qui ne rentrent pas dans la catégorie des infractions à la loi pénale. Tels sont les faits désignés par l'art. 1348 sous le nom de *quasi-contrats*.

Même pour les actes juridiques, la preuve préconstituée n'est pas toujours obligatoire. En effet, d'une part, l'art. 1341 C. civ. n'exige cette preuve que pour les faits excédant une certaine valeur déterminée ; par suite, au-dessous de cette valeur, et tant qu'il n'existe pas d'écrit, la preuve testimoniale sera admise, permettant ainsi au juge civil de se prononcer d'après son intime conviction. D'autre part, même pour les valeurs dépassant la limite prévue par l'art. 1341 C. civ., les articles 1347 et 1348 alinéas 2 à 4, prévoient plusieurs exceptions où la preuve testimoniale est également admise (195).

règle, lorsque, dans ses derniers termes, il autorise à prouver par témoins et par présomptions la fraude et le dol à raison desquels un acte est attaqué. La fraude et le dol sont en effet de simples faits matériels.

(194) Sur les infractions à la loi pénale, justiciables des tribunaux civils, cf. FAUSTIN HÉLIE et J. DEPEIGES : *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, première partie (*Code d'instruction criminelle*), p. 340.

Remarquons seulement que le juge civil, de même que le juge répressif, devra écarter son intime conviction devant la preuve légale résultant de la force probante attachée à certains procès-verbaux comme il sera expliqué dans le chapitre des exceptions.

(195) Il n'est pas superflu de noter que la principale de ces exceptions est celle prévue par l'art. 1347 et qui consiste à admettre la preuve testimoniale, contrairement aux prescriptions des articles 1341 et suivants, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Cette exception est d'autant plus considérable que la jurisprudence

Signalons enfin que chaque fois que le procès civil donne lieu à la production d'une expertise, cette preuve sera incontestablement régie par la règle posée dans l'art. 323 du Code de procédure civile précédemment cité.

91. — Dans tous les cas précédents, le juge civil a donc le droit et le devoir d'apprécier les preuves en son âme et conscience. Et il faudrait par suite voir dans le système des preuves au civil un exemple assez caractéristique de ce que nous avons appelé le système *mixte*, dont nous avons déjà rencontré d'autres exemples au cours de notre étude historique et comparée.

92. — S'il faut donc conclure que la preuve de conviction est le principe général au civil, il faut bien avouer cependant que c'est plutôt en matière criminelle que ce principe trouve son domaine d'application par excellence. Dans ce dernier domaine, en effet, la preuve préconstituée — qui permet à la preuve légale d'occuper au civil une place si importante — ne se rencontre, au contraire, que rarement, dans des conditions que nous aurons à indiquer plus tard (195 *bis*). Elle y revêt bien le caractère d'exception. Ce qui s'explique, en réalité, par le fait qu'en matière criminelle il s'agit plutôt le plus souvent de simples faits matériels qui ne sont nullement conventionnels, et pour lesquels on ne saurait faire valoir la considération précédente qui est à l'origine de la théorie de la preuve préconstituée. Aussi la loi leur applique le principe naturel de la preuve de conviction.

Le résultat est donc la constatation que le principe de

donne à l'idée du *commencement de preuve par écrit* une interprétation extrêmement large. Cf. *infra* n° 155 et note 313.

(195 *bis*.) Cf. *infra* chap. v, sections II et IV.

la preuve de conviction trouve au criminel un domaine d'application beaucoup plus étendu qu'au civil. Il ne s'agit donc point de deux systèmes de preuves différents. « Il n'y a entre les deux juridictions de différence, dit Bonnier, que du plus au moins, en ce sens que le plus souvent il s'agit de conventions au civil, et de simples faits au criminel (196). »

SECTION II. — APPLICATION DE LA PREUVE DE CONVICTION A TOUTES LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES.

93. — Le législateur français ne fait, quant à l'application de la preuve de conviction, aucune distinction entre les jurés et les magistrats de l'ordre judiciaire.
 94. — L'application de la preuve de conviction s'étend à tous les juges réguliers appartenant à l'ordre judiciaire : aux juges correctionnels et de simple police comme aux magistrats de la Cour d'assises. — Jurisprudence constante.
 95. — La Cour de cassation ne cherche pas à soutenir la thèse d'après laquelle la preuve de conviction serait propre aux jurés exclusivement. Explication de la manière dont s'expriment certains arrêts.
 96. — Le principe de la preuve de conviction ne s'applique pas de la même façon à la Cour d'assises et aux autres juridictions répressives.
-

93. — Il est certain, nous ne nous laissons pas de le répéter, que le texte qui est devenu l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle fut à l'origine voté par l'Assemblée Constituante dans le but d'introduire en droit français moderne un nouveau système de preuves, celui des preuves morales, pour remplacer l'archaïque régime des preuves légales.

Il n'en est pas moins vrai pourtant que ce nouveau système n'avait été formulé en des termes catégoriques que relativement aux déclarations du jury. Ceci ressort du texte même de l'art. 342 en question. Il s'agit là en effet d'une instruction dont le chef des jurés était tenu de leur faire lecture avant de commencer la délibération, et qui devait en outre, selon le vœu même de la loi, être affichée dans la salle de leurs délibérations.

Une première question peut alors se poser. Il s'agit de savoir si le législateur n'avait pas voulu faire une distinction entre les jurés d'une part, et les juges professionnels d'autre part, pour ne poser le principe de la preuve de conviction que vis-à-vis des premiers exclusivement.

Certes, nous avons précédemment mis en relief les liens étroits qui unissent la justice populaire au principe de la preuve de conviction. Mais nous avons affirmé en même temps que cette étroite corrélation, pas plus que la parfaite conformité de la preuve légale avec l'esprit des juges professionnels, ne saurait constituer une raison suffisante pour que la preuve par l'intime conviction ne puisse s'adapter à ces derniers. Nous avons par ailleurs constaté, au cours de notre étude comparée, que plusieurs législations, ne possédant même pas l'institution du jury, ont parfaitement appliqué à leurs magistrats professionnels le principe de la preuve morale, sans se heurter à cet égard à des difficultés substantielles (197).

Nous ne pensons donc pas que le législateur français se soit arrêté à la thèse, soutenue par certains légistes, qui veut que, par rapport aux juges professionnels, la preuve

(197) Citons, à titre d'exemple, la législation égyptienne aussi bien nationale que mixte.

par l'intime conviction soit inapplicable ou, du moins, présente de grands dangers (198).

Remarquons du reste que cela fut spécifié par certains Constituants défenseurs du système de la preuve de conviction qui, parlant de *juges* dans leurs discours, laissèrent bien entendre qu'il s'agissait d'un système général, applicable aussi bien aux juges professionnels qu'aux jurés (199).

Il faut donc convenir que, dans l'esprit du législateur français, le principe que consacre l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle est destiné à guider les magistrats de l'ordre judiciaire aussi bien que les jurés.

94. — Mais une seconde question peut alors se poser : celle de savoir si l'application de la preuve morale s'étend à tous les juges réguliers appartenant à l'ordre judiciaire.

La difficulté provient de ce que, par le fait même que l'art. 342 s'adressait aux jurés, le principe de la preuve de conviction n'avait ainsi été posé qu'en ce qui concerne le grand criminel.

Il y a alors un point certain. C'est que, du moment que nous admettons que le législateur ne fait, quant à l'application du principe, aucune distinction entre les jurés et les juges réguliers, les magistrats de la Cour d'assises y seront toujours soumis dans leur appréciation des faits. Notons à ce propos que même avant la loi du 25 novembre 1941, ces magistrats étaient donc tenus d'appliquer le

(198) Cf. MITTERMAIER, pp. 99, 133, 134 et 135.

(199) Cf. notamment les paroles de M. Duport exposant les deux principaux systèmes de preuves à la séance du 4 janvier 1791 (citées dans FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. IV, p. 338).

même principe de la preuve de conviction chaque fois qu'ils se trouvaient appelés à se prononcer sur l'accusation, c'est-à-dire sur le point de fait, sans l'assistance du jury. C'est ce qui pouvait arriver en cas de condamnation par contumace — par application de l'art. 470 du Code d'instruction criminelle —, ainsi qu'en cas de reconnaissance de l'identité des condamnés évadés et repris — par application des art. 518 et 519 du même code (200).

Par contre, on pourrait se demander si le même principe de la preuve de conviction s'applique aux autres juges, c'est-à-dire aux juges correctionnels et de simple police. C'est ce qu'une jurisprudence constante a affirmé à plusieurs reprises dans des termes qui ne laissent point place à la discussion. Ainsi, déjà peu de temps après la promulgation du Code d'instruction criminelle, un arrêt de la Cour de cassation a déclaré : « Attendu que, hors les cas où des lois spéciales donnent à des procès-verbaux de contravention foi jusqu'à inscription de faux, les tribunaux doivent prononcer d'après le sentiment intérieur de conviction qu'a pu produire l'instruction (201). » Cette interprétation a été de nouveau affirmée en termes encore beaucoup plus explicites dans un autre arrêt où la Cour de cassation déclare notamment : « En droit, lorsque les faits constitutifs des contraventions et des délits dont ils

(200) FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, pp. 350 et 351, et Dalloz, Code d'instruction criminelle annoté, art. 154, n° 4.

Le fait qu'en cas de contumace la Cour d'assises statue sur la procédure écrite et sans contradiction ne saurait empêcher les magistrats de se prononcer d'après leur âme et conscience, c'est-à-dire en suivant leur intime conviction. Nous avons souligné précédemment, en effet, que la preuve de conviction peut très bien s'adapter à la procédure écrite et non contradictoire.

(201) Cass. 4 septembre 1813, B. n° 199, D. v° Preuve, n° 89, 1°.

sont saisis, ne se trouvent pas légalement établis par des procès-verbaux réguliers, les juges de simple police et ceux de police correctionnelle remplissent dans la constatation et l'appréciation de ces faits les fonctions de jurés, et doivent conséquemment, de même que ces derniers, se conformer aux instructions contenues en l'art. 342 du Code d'instruction criminelle... (202). »

Il est à remarquer que les arrêts dont nous venons de citer des passages, répondent à la fois à la double question que nous nous sommes posée plus haut. Ainsi, ils affirment, d'une façon péremptoire, l'application absolument générale de la règle contenue dans l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle à toutes les juridictions répressives : aux magistrats professionnels des tribunaux de simple police, des tribunaux correctionnels et des Cours d'assises aussi bien qu'aux jurés. Et, par là même, ils excluent toute distinction entre les jurés et les juges réguliers de l'ordre judiciaire à cet égard.

95. — Notons seulement qu'en étendant ainsi l'application de l'art. 342 aux magistrats professionnels, la Cour de cassation fait souvent remarquer que la raison en est que ceux-ci remplissent, dans leur constatation et leur appréciation des faits constitutifs de l'infraction, les fonctions de jurés (203). Ce raisonnement ne veut pas dire cependant que la jurisprudence cherchait à adopter la

(202) Cass. 13 novembre 1834, S. 35.1.191 ; 18 février 1892, S. et P. 92.1.175, D. 92.1.471 ; 24 juin 1910, B. n° 334.

(203) Cf. le dernier arrêt cité plus haut. Cf. encore Cass. 28 oct. 1914 où il est dit notamment : « Dans les matières de police simple et correctionnelle, les tribunaux font fonction de jurés et sont conséquemment approbateurs et juges des faits et de la culpabilité ou de l'innocence des prévenus. »

thèse qui ne veut voir dans la preuve de conviction qu'un principe exclusivement propre aux jurés, de sorte qu'il ne saurait s'appliquer aux juges professionnels que lorsqu'ils prennent figure de jurés en remplissant les fonctions de ceux-ci, c'est-à-dire en statuant sur le fait. Car le juge ne saurait acquérir la qualité de juré du fait uniquement qu'il s'occupe du point de fait dans le procès. Il est évident que même dans ce cas, il garde toujours sa qualité propre de juge professionnel ; et cela d'autant plus que, depuis la loi du 5 mars 1932, les jurés ne s'occupent plus uniquement du seul point de fait.

A la vérité, le raisonnement de la Cour de cassation signifie tout simplement qu'en se prononçant sur la réalité des faits ou sur leur moralité, les juges permanents font office de jurés en examinant le point de fait, et doivent par suite suivre, comme ceux-ci, le principe de preuve exprimé dans l'art. 342 ancien. Ce qui veut dire en d'autres termes, que chaque fois qu'il s'agit de statuer sur le point de fait, le même système de preuve doit être appliqué indépendamment de la forme de la juridiction. La jurisprudence cherche alors par là à rappeler la distinction qui existe entre la question de fait et la question de droit, et non point à adopter une distinction entre les jurés et les juges professionnels relativement au système des preuves. Cette première distinction est du reste compréhensible, car nous savons que le système des preuves n'est destiné qu'à régir la question de fait exclusivement (203 *bis*).

Notons d'autre part — et cela ressort de ce qui précède — que, pour étendre l'application de la preuve de conviction

(203 *bis*) Cf. *supra* introduction n° V.

aux autres juridictions répressives, la jurisprudence s'est bornée à affirmer la généralité du principe contenu dans l'art. 342 ; ce qui nécessite à peine une explication. Il ne faut pas oublier en effet — et nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises — que par l'art. 342 en question, le législateur français avait entendu introduire, pour toutes les juridictions, un nouveau système de preuve. S'il avait placé ce texte à propos du jury plus particulièrement, cela tient au fait que c'est à l'occasion de l'introduction de cette dernière institution en droit français qu'il trouva une occasion pour se prononcer en même temps sur le système des preuves.

96. — Il y a lieu de constater enfin que s'il n'est point douteux que le principe de la preuve de conviction gouverne toutes les juridictions répressives, il ne s'applique pas cependant tout à fait de la même façon à la Cour d'assises et aux juridictions correctionnelles et de simple police. En Cour d'assises, ce principe exerce en effet un empire plus absolu. Il subit, au contraire, devant les autres juridictions répressives, des restrictions plus nombreuses que nous signalerons au moment voulu, quand il s'agira surtout d'étudier les garanties et les exceptions apportées par la loi à l'application du principe en question.

SECTION III. — APPLICATION DE LA PREUVE DE CONVICTION A TOUTES LES PHASES DU PROCÈS PÉNAL.

97. — Les deux phases principales du procès pénal. Application évidente de la preuve de conviction à la phase du jugement.

98. — Un système de preuves peut et doit exister vis-à-vis des magis-

trats de la phase préliminaire. L'objet de la vérité dont on cherche à s'assurer dans cette phase.

99. — La preuve de conviction s'applique de même à la phase préliminaire. Le caractère plutôt inquisitoire de la procédure dans cette phase ne s'oppose pas à cette application. Considérations qui s'opposent, au contraire, à l'application d'un système de preuves légales.
100. — Caractère plus absolu de l'application de la preuve de conviction dans la phase préliminaire que pendant la phase définitive.
101. — La valeur du système des preuves ne peut cependant être appréciée qu'à la phase du jugement.
-

97. — Le procès pénal peut être considéré dans deux grandes phases principales : d'une part, la phase préliminaire dont le but est de rassembler tous les matériaux utiles à la manifestation de la vérité sur l'existence du délit et la culpabilité du prévenu — cette phase se termine par une décision provisoire ayant pour objet d'ordonner, au cas où il existe des charges suffisantes, la mise en jugement de l'inculpé, en le renvoyant devant les tribunaux répressifs, ou, en cas contraire, de prononcer un non-lieu — ; d'autre part, la phase définitive qui succède naturellement à la précédente et dont l'objet est de décider du sort du procès, en prononçant un jugement.

Il est hors de doute que le système des preuves, proclamé dans l'ancien art. 342, est destiné principalement à guider les juges dans cette dernière phase, la phase du jugement. C'est là, en effet, qu'il y a le plus grand intérêt à se préoccuper de la question de la certitude avant de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'inculpé.

Il est permis au contraire de se demander si le même principe de la preuve de conviction s'applique également aux magistrats agissant dans la phase préliminaire du procès.

98. — Avant de résoudre le problème, une question préalable se pose : c'est celle de savoir s'il peut ou doit exister un système de preuves quelconque dans cette phase préliminaire. Pour répondre à cette dernière question, il convient de se rappeler le but du système des preuves et les conditions dans lesquelles il peut exister et fonctionner.

Nous savons que l'objet du système des preuves est d'assurer la certitude comme base des décisions en justice, en posant les principes qui doivent guider les juges dans l'appréciation des preuves et la recherche de la vérité. Un système de preuves est par suite concevable chaque fois qu'il s'agit de prendre une décision judiciaire basée sur le jeu des preuves.

Or, ces conditions se réalisent dans la phase préliminaire du procès pénal aussi bien que dans sa phase définitive. Au cours de l'instruction préparatoire, les magistrats qui y participent peuvent en effet être appelés à prendre des décisions de natures différentes, toutes basées sur une appréciation des preuves. Ainsi, pour entamer l'information contre une personne déterminée, il doit exister au moins des soupçons justifiant l'inculpation. De même, pour décider la mise en détention préventive il doit exister des présomptions assez graves pour autoriser l'arrestation. Enfin, pour ordonner la mise en accusation, les juridictions d'instruction doivent posséder contre l'inculpé des charges sérieuses et suffisantes pour croire à sa culpabilité.

La conséquence logique est donc que, pour prendre de pareilles décisions, les magistrats de la phase préliminaire, non moins que les juges de la culpabilité, doivent acquérir la certitude de la vérité sur laquelle porte leur

décision. C'est autant dire que, non moins que pour les juges de la culpabilité, un système de preuves peut et doit guider les magistrats de la phase préliminaire dans leur recherche de la vérité certaine.

Notons bien qu'à ce point de vue aucune différence n'existe entre les décisions des juridictions du jugement et celles des juridictions d'instruction. Pour les unes comme pour les autres une certitude est indispensable et, partant, un système de preuves est à envisager.

L'unique différence qui puisse exister entre les deux phases sous ce rapport réside dans la vérité même sur laquelle portent les décisions. En effet, l'objet de cette vérité varie d'une phase à l'autre. Dans la phase du jugement, cet objet consiste dans la culpabilité même permettant une condamnation, tandis que dans la phase préliminaire c'est : ou bien par exemple l'existence d'un soupçon permettant une inculpation et l'ouverture d'une information, ou bien tout au plus l'existence de charges sérieuses permettant une mise en accusation.

99. — Cette question préalable ainsi résolue, reste à savoir si le système de la preuve de conviction qui domine la phase du jugement régit de même la phase préparatoire.

Nous ne saurions évidemment chercher la solution dans le texte de l'ancien art. 342 dont nous avons constaté le laconisme à plus d'une reprise. Nous sommes en droit cependant de faire valoir ici la même constatation soulignée à l'effet d'expliquer l'application du principe de la preuve de conviction aux juges correctionnels et de simple police. L'art. 342 posait, avons-nous dit, un nouveau système de preuves dont l'application est générale

pour toutes les juridictions. Cela doit par suite s'entendre des juridictions de la phase préparatoire comme de celles du jugement, du moment que nous admettons que, quant à la nécessité d'un système de preuves, aucune différence n'existe entre les deux phases.

Tout au plus pourrait-on remarquer à ce propos que tandis que dans la phase définitive du procès, où la procédure est plutôt accusatoire, l'application du système de la preuve de conviction est parfaitement concevable, elle le paraîtrait peut-être moins dans la phase préparatoire, étant donné le caractère inquisitoire de la procédure dans cette phase. Pour ce dernier genre de procédure nous savons en effet que c'est plutôt le système des preuves légales qui s'y adapte le mieux.

Nous avons souligné cependant que la procédure inquisitoire n'implique en réalité le système légal que comme contrepoids nécessaire au pouvoir immense que possède le magistrat sous ce système de procédure. Nous avons remarqué par ailleurs que lorsqu'il n'existe pas de raison pour craindre ce pouvoir, les caractères de la procédure inquisitoire ne s'opposent nullement à une adaptation du principe de la preuve de conviction.

Or, d'une part, les magistrats de la phase préparatoire ne possèdent évidemment point un pouvoir redoutable, comparable à celui que possédait le juge sous le système de l'inquisition, où sévissaient la torture et le secret absolu dans l'ancien droit. D'autre part, quelle que soit la liberté accordée aux magistrats de la poursuite et de l'instruction préparatoire, elle ne saurait présenter de graves périls, étant donné le caractère éminemment provisoire des décisions qu'ils peuvent prendre.

Il y a du reste quelques considérations qui s'opposent

à l'application d'un système de preuves légales dans la phase préparatoire. L'un des défauts les plus remarquables de ce système, lorsqu'il s'applique aux juges de la culpabilité, c'est de mettre parfois obstacle à la condamnation du vrai coupable, favorisant ainsi l'impunité. Ce défaut devient en effet encore plus grave dans la phase préparatoire, où il s'agit précisément de faciliter la recherche des suspects, afin d'aboutir à la découverte des vrais coupables. Cela n'est pas, certes, tout à fait en faveur des intérêts et des libertés individuels, qui risquent ainsi d'être parfois compromis. Remarquons cependant qu'il n'en résulte guère de graves inconvénients du moment que la mise en prévention ou en accusation n'a rien de définitif, comme nous l'avons souligné plus haut. La nécessité de protéger l'innocence, qui est théoriquement le but primordial du système des preuves légales prétendant aboutir à une vérité supposée absolue, n'apparaît en réalité qu'à la phase du jugement où il est question de prononcer définitivement sur la culpabilité ou l'innocence. Aussi, même au moment où il atteignait sa plus grande rigueur sous l'ancien droit, le système légal ne s'appliquait-il en réalité qu'à la phase définitive du procès (204).

100. — Ces dernières considérations sont donc, au contraire, de nature à favoriser l'application absolue de la preuve de conviction à la phase préparatoire. Aussi la voyons-nous fonctionner dans cette phase avec beaucoup moins de restrictions qu'elle n'en subit pendant la phase du jugement (205). S'agissant en effet, dans cette der-

(204) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 1018.

(205). Ainsi, par exemple, les causes d'exclusion de témoignages établies par les articles 156 et 322 du Code d'instr. crim. n'existent pas au

nière phase, de donner une solution définitive au procès, le législateur s'est forcément montré plus scrupuleux, en limitant la liberté du juge par des garanties qui se présentent parfois sous la forme d'exceptions au principe de la preuve de conviction, constituant de la sorte de véritables preuves légales, comme nous le verrons par la suite.

Il est donc permis de conclure que le principe de la preuve de conviction domine pleinement la phase préparatoire du procès pénal. Il s'applique ainsi aux magistrats du ministère public, aux juges d'instruction, ainsi qu'aux conseillers de la chambre des mises en accusation.

101. — Il faut reconnaître cependant que la valeur du système des preuves ne peut être appréciée qu'à la phase du jugement. C'est là, en effet, qu'il joue dans les conditions les plus délicates, quand il s'agit de décider de la culpabilité ou de l'innocence des prévenus. C'est là, par suite, qu'il faut plutôt chercher le système des preuves et étudier son fonctionnement. Aussi notre examen du système de la preuve de conviction porte-t-il plus particulièrement sur cette phase principale du procès, celle qui constitue, pour ainsi dire, le *centre de gravité* de la procédure.

cours de l'instruction préparatoire. Cf. GARRAUD, t. II, pp. 108 et 109 : « La loi a voulu, dit-il, qu'aucune entrave ne soit apportée, dans la phase préparatoire, à la recherche des preuves. Elle a déblayé l'instruction de tous ces débris du système des preuves légales... » Cf. également BONNIER, p. 299.

CHAPITRE III

Conséquences du principe de la preuve de conviction.

102. — Les principales conséquences de la preuve par l'intime conviction se rattachent au pouvoir que possède le juge dans la recherche de la vérité certaine ; autrement dit, son pouvoir par rapport aux preuves. Nous savons, en effet, que le principe des preuves morales réside essentiellement dans le recours à la conscience du juge pour découvrir la vérité. Il s'ensuit tout naturellement la très grande liberté que le législateur laisse inévitablement au juge à cet effet.

Cette liberté se manifeste notamment à un double point de vue : d'une part, liberté du juge de recourir à tous les moyens de preuve propres à lui fournir sa conviction ; d'autre part, sa liberté dans l'appréciation des éléments de preuve que lui fournissent les circonstances du procès.

Ces conséquences sont les plus caractéristiques, car elles mettent le système de la preuve de conviction en opposition manifeste avec le système des preuves légales. Aussi pourrait-on y voir, par la même occasion, les caractères essentiels du système. C'est justement à ce titre que nous les avons précédemment énoncées d'une manière succincte, quand il s'agissait d'exposer le système des preuves en général. Sous le titre de *conséquences* du principe de la preuve

morale, nous entendons donc en réalité examiner et définir ce principe même en exposant, avec quelques détails, ses caractéristiques d'où découlent directement ses conséquences.

Nous ajouterons que la double liberté dont jouit le juge par rapport aux preuves se trouve effectivement assurée par le défaut de tout contrôle qui lui demanderait un compte rigoureux des motifs de la conviction qu'il aurait obtenue en exerçant ce pouvoir étendu. Cela constitue en somme une autre conséquence du système de l'intime conviction, conséquence que nous exprimerons volontiers sous le titre de *souveraineté de la conviction du juge*.

Ainsi trois conséquences principales du principe des preuves de conviction sont à distinguer :

- 1^o La liberté du juge de recourir à tous les moyens de preuve ;
- 2^o La liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve ;
- 3^o La souveraineté de la conviction du juge.

Nous examinerons successivement ces trois conséquences dans trois sections.

SECTION I. — LA LIBERTÉ DU JUGE DE RECOURIR

A TOUS LES MOYENS DE PREUVE.

103. — La liberté du juge dans l'admission des preuves est une conséquence logique de la preuve morale. Elle ressort en effet du texte même de l'ancien art. 342 du code d'instruction criminelle.
104. — Etendue de la liberté du juge. Une réserve. Un double corollaire. La liberté du juge n'est pas absolue : des dérogations éventuelles sont possibles.
105. — Dérogations qu'apporte le droit français à la liberté du juge.
Première catégorie : l'exclusion de la preuve par le serment de l'ac-

cusé ; les incapacités de témoigner — caractère atténué de cette dérogation surtout en Cour d'assises ; l'admission restreinte de la preuve testimoniale en matière civile.

106. — Seconde catégorie de dérogations : limitation des preuves admises contre le complice de la femme adultère. Les art. 154 et 189 du code d'instruction criminelle n'établissent pas une dérogation générale en matière de police simple et correctionnelle — interprétation jurisprudentielle de ces deux textes.

103. — Le fait même que dans le système des preuves morales tout l'effort du juge soit dirigé dans le but d'obtenir une conviction intime qui soit l'inspiration de sa propre conscience implique en conséquence, afin de s'assurer la libre action de celle-ci, que soit laissée au juge la liberté de recourir à tous les moyens de preuve propres à alimenter sa conviction. Cela est évident du point de vue logique.

Du point de vue législatif, le législateur n'avait pas manqué pour sa part d'enregistrer cette conséquence. L'instruction contenue dans l'ancien art. 342 du code d'instruction criminelle commençait par la mettre bien en relief. Il y était dit en effet : « La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus..... »

A elle seule, cette déclaration suffirait pour en déduire les trois conséquences principales du principe de la preuve de conviction. Elle affirme en effet la volonté du législateur de ne point contrôler *les moyens* par lesquels les juges se sont convaincus. Or, ce défaut de contrôle implique nécessairement la liberté du juge quant aux *moyens* en question. Cette liberté se conçoit alors, soit du point de vue de l'étendue, soit du point de vue de la valeur de ceux-ci.

Nous verrons qu'en outre, le législateur avait prévu expressément et dans des termes très nets la liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve.

Quoi qu'il en soit, il n'est point douteux qu'en se défendant d'établir un contrôle sur les moyens que le juge a de se convaincre, la loi reconnaît par là-même la liberté de celui-ci de recourir à tous les moyens susceptibles de provoquer sa conviction.

104. — La liberté en question est soumise tout naturellement à une certaine réserve résultant de ce que le juge ne saurait recourir à d'autres moyens que les moyens de preuve judiciaires admis par l'ensemble de la législation et ressortissant à la cause.

A part cette réserve, la liberté du juge doit comporter normalement un double corollaire. D'une part, il ne doit pas être légalement privé de la possibilité de se servir, pour former sa conviction, de certains modes de preuve dont la loi édicterait l'exclusion formelle. D'autre part, le législateur ne doit pas recourir — afin de produire le même effet que par l'exclusion — à un autre procédé qui consisterait à désigner au juge un nombre limité et déterminé de preuves, en dehors desquelles il ne pourrait aller puiser sa conviction. L'un et l'autre procédés seraient donc de nature à porter atteinte à la liberté du juge.

Il convient de ne pas oublier cependant que quelques exceptions aux règles précédentes — exceptions qui seraient naturellement dictées par le plus légitime souci d'assurer une bonne justice — ne froisseraient pas sensiblement le système des preuves morales, au point d'en ébranler le principe. Nous avons vu en effet que dans ce système la li-

berté du juge n'est pas tout à fait absolue. Il faut donc s'attendre à ce que cette liberté, quant à l'admission des moyens de preuve, s'accompagne — comme d'ailleurs les autres conséquences du principe — d'un cortège plus ou moins important de dérogations.

105. — En droit français, il existe à cet égard deux catégories d'exceptions, selon que le législateur procède par voie d'exclusion ou par voie de détermination de certains moyens de preuve.

Dans le domaine de l'exclusion, on rencontre d'abord une dérogation très nette. C'est l'exclusion de la preuve par le serment décisive ou supplétoire de l'accusé. Ce mode de preuve, en usage dans l'ancien droit français et prévu même expressément par l'Ordonnance de 1670 (tit. 14, art. 7), fut aboli par l'art. 12, Décret du 8-9 octobre-3 novembre 1789. Il faut remarquer à ce propos que, quelles que soient les raisons qui aient provoqué cette abolition, l'exclusion du serment de l'accusé comme mode de preuve au criminel n'en constitue pas moins une dérogation au principe de la liberté du juge en question.

En dehors de cette exception, on peut mentionner, toujours sous la rubrique des exclusions, les témoins dits *incapables* dont les articles 156 et 322 du Code d'instruction criminelle donnent une énumération explicite et rigoureuse (206). Il faut évidemment avouer que l'exclu-

(206) Ces incapacités sont fondées sur la parenté ou l'alliance des témoins avec le prévenu, parenté à laquelle les mêmes textes assimilent la qualité de dénonciateur récompensé pécuniairement par la loi.

Quoique le législateur n'ait prévu que les précédentes incapacités, le bon sens commande que d'autres exclusions, fondées sur d'autres raisons, soient plus ou moins admises. Tel est par exemple le témoignage

sion du témoignage en justice de certaines personnes, dans certains cas, constitue manifestement une restriction à la liberté du juge quant aux moyens de preuve.

Il est à remarquer cependant que les textes précédemment cités ne prononcent pas une impossibilité absolue et catégorique de déposer dans certaines circonstances. Les textes en question ajoutent en effet : « Sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le procureur général, soit la partie civile, soit les accusés, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues. » Les art. 156 et 322 permettent donc simplement en définitive, à l'accusé, au procureur général et à la partie civile de s'opposer à l'audition des personnes indiquées. De sorte que les incapacités consacrées par ces textes ne sont en réalité que des exclusions facultatives pour les intéressés qui ont le droit de les invoquer.

Remarquons que sous ce rapport le législateur a tiré du principe de la preuve de conviction toutes les conséquences possibles quant à la liberté du juge dans son recours aux moyens de preuve. C'est que l'impossibilité de témoigner dans certains cas, vis-à-vis de certaines personnes, a été de tous temps une mesure élémentaire afin d'assurer une meilleure justice. La différence à cet égard entre le système des preuves morales et le système des preuves légales

des individus qui, par suite de leur état physique ou intellectuel, ne peuvent comprendre l'importance du rôle qu'ils ont à remplir, et sont dans l'impossibilité de renseigner la justice avec quelque sécurité, (Garraud, t. II, n° 406, p. 84.) Pour ce genre d'exclusions la question, par rapport à la liberté du juge, ne se pose guère, même si ces exclusions avaient été prévues par le législateur. C'est qu'il est évident qu'un minimum de précaution commande, en de pareilles conditions, l'impossibilité de témoigner.

n'est au fond qu'une différence de degré, ce dernier système s'accommodant d'habitude d'exclusions plus nombreuses. Or, dans les art. 156 et 322, le législateur n'a même consacré aucune exclusion absolue. Il a ainsi habilement ménagé à la fois la nécessité d'assurer au juge une libre action consécutive au système de la preuve de conviction, et les précautions imposées par la sécurité judiciaire.

Ajoutons également que les dispositions de l'art. 322, d'une application rigoureuse devant les tribunaux correctionnels et les tribunaux de simple police, reçoivent encore une atténuation devant la Cour d'assises où s'exerce le pouvoir discrétionnaire du Président. En vertu de ce pouvoir, qui n'appartient pas aux juges correctionnels et de simple police et dont seul le Président des assises est investi (art. 268 et 269 du Code d'instr. crim.), toutes les déclarations pourraient se produire, malgré l'opposition des intéressés, devant la Cour, sauf à n'être reçues, en cas d'opposition des intéressés à la prestation du serment, qu'à titre de simples renseignements (206 *bis*). Et lorsque nous dégagerons plus tard la véritable valeur de la distinction entre les dépositions reçues à titre de témoignages et celles reçues à titre de simples renseignements, nous nous apercevrons que le droit de reproche, énoncé dans les articles 156 et 322, n'a en réalité devant la Cour d'assises qu'une valeur plutôt morale.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins vrai que,

(206 *bis*) Aux termes de l'art. 269 nouveau (Loi du 25 novembre 1941), les témoins appelés par le Président en vertu de son pouvoir discrétionnaire, prêteront serment, sauf opposition des intéressés. Le second alinéa de cet article s'exprime en effet ainsi : « Si le ministère public, la défense ou la partie civile s'opposent à ce que les témoins ainsi appelés prêtent serment, leurs déclarations ne seront reçues qu'à titre de renseignements. »

par cette disposition de l'art. 322, le législateur français n'a pas manqué d'établir une sorte d'exception, pour ainsi dire classique.

Un troisième ordre de dérogations, toujours dans le domaine de l'exclusion, résulte de ce qu'en matière civile la preuve testimoniale n'est admise que dans des cas déterminés par les art. 1341 et 1347 du Code civil. Et nous verrons en effet que, dans le cas où l'infraction se trouve liée à l'existence d'une convention civile, le juge pénal doit appliquer, pour la preuve de la convention, les règles du droit civil.

Cette dernière dérogation est cependant de peu d'importance, et cela se marque à un double point de vue. Tout d'abord elle ne concerne que les questions d'ordre civil. Ensuite elle ne constitue pas une exclusion absolue de la preuve testimoniale.

106. — Nous arrivons maintenant à une seconde catégorie d'exceptions, celles où le législateur procède par voie de détermination de certains moyens de preuve dans les limites desquels le juge doit se cantonner. Nous ne rencontrons guère ici que les dispositions de l'art. 338 du Code pénal, relatives aux preuves admises contre le complice de la femme adultère. Nous nous contenterons pour l'instant de signaler ces dispositions que nous retrouverons lorsqu'il s'agira pour nous d'étudier plus à fond les exceptions au principe de la preuve de conviction en général.

A première vue, les art. 154 et 189 du code d'instruction criminelle paraissent également limiter la liberté du juge en suivant toujours le même procédé de détermination.

L'art. 154 alinéa 1 est ainsi libellé : « Les contraventions seront prouvées, soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui. » L'art. 189, relatif aux délits correctionnels, renvoie tout simplement à l'art. 154. Ces deux textes seraient donc destinés à établir une dérogation générale à la liberté du juge en matière de police simple et correctionnelle, puisque la loi n'y fait mention que de certains procédés déterminés de preuve.

Nous nous empressons cependant d'affirmer que par ces dispositions le législateur n'a nullement entendu établir une dérogation générale à une conséquence naturelle du principe des preuves morales. Pour appuyer cette affirmation, il convient de préciser la valeur véritable de l'énumération indiquée dans ces deux derniers articles, ce qui nous permettra en même temps de saisir la portée générale d'application de la liberté du juge, touchant les moyens de preuve, devant toutes les juridictions répressives.

Le fait même d'avoir constaté l'application générale du principe de la preuve de conviction à toutes les juridictions criminelles suffirait à affirmer que la liberté du juge, qui en est la conséquence, est d'une application aussi générale, si nous n'avions pas été mis en présence des art. 154 et 189 en question. Aussi est-il utile de mettre en relief l'interprétation que la jurisprudence a donnée de ces deux textes.

Point n'est besoin évidemment d'affirmer que les magistrats de la Cour d'assises jouissent de cette liberté de recourir à tous les moyens de preuve qu'ils estiment susceptibles de fonder leur conviction. Nous avons constaté en effet que cela était prévu dans le texte même de l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle.

Quant aux juges correctionnels et de simple police, une jurisprudence constante a déclaré qu'ils jouissent également de cette liberté, étant donné la portée générale d'application du système de l'intime conviction.

Lorsqu'il s'agissait d'envisager les art. 154 et 189, la jurisprudence a déclaré en outre que, si le législateur y a spécifié quelques moyens de preuve, il n'en a exclu aucun et que la loi n'a voulu spécifier en réalité que les moyens de preuve auxquels on a le plus habituellement recours en matière de police simple ou correctionnelle. Ainsi, a-t-il été jugé « que la preuve en matière criminelle n'est assujettie à aucune forme systématique, et que la conscience du juge, affranchie de toute entrave, peut librement former sa conviction en la puisant dans tous les documents de la cause.... ; que ce principe général ne cessé pas d'être applicable aux matières correctionnelles..., que si, dans les art. 153, 154, 190 du présent code, le législateur a spécifié quelques modes de preuve, il n'en a exclu aucun (207) ».

Dans des termes non moins nets, la jurisprudence s'accorde à reconnaître la même liberté aux juges de simple police. Ainsi, dans l'un de ses arrêts, la Cour de cassation déclare notamment que « l'art. 154 du Code d'instruction criminelle n'a nullement limité le mode ou la nature des preuves qui peuvent être opposées aux procès-verbaux émanant d'officiers publics auxquels la loi n'a pas accordé le droit d'être crus jusqu'à inscription de faux. Le juge de simple police, comme le juge civil, correctionnel ou criminel, peut ordonner toute mesure interlocutoire, telle

(207) Chambéry, 10 déc. 1875, D. P. 77.2.14-15. Cf. également les arrêts de la Cour de cassation cités dans Dalloz, Code d'instr. crim. annoté, art. 342, n° 91.

qu'expertise, descente et vue des lieux, dès qu'il le croit nécessaire pour éclairer sa religion » (208).

Il n'est donc point douteux que les tribunaux correctionnels et de simple police ne sont pas tenus de former leur conviction en se basant sur les seuls moyens de preuve énoncés dans les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, et qu'ils peuvent, à l'instar de la Cour d'assises, s'appuyer sur tous autres moyens judiciaires de preuve. Ils peuvent par suite puiser leur conviction dans les aveux émanant des prévenus, les conclusions d'experts, les résultats d'une visite des lieux, ou même enfin dans les simples présomptions, si ces présomptions sont assez graves pour fournir la preuve et entraîner la conviction (209).

Nous avons ainsi mis en lumière la première conséquence du principe des preuves morales, conséquence qui se caractérise, comme le principe lui-même, par son application générale à tous les juges répressifs. Nous avons constaté, en second lieu, qu'au fond elle ne souffre guère de bien graves dérogations. A part l'art. 338 du Code pénal — qui détermine les preuves admises contre le complice de la femme adultère et qui, de ce fait, déroge d'une façon générale au système de l'intime conviction — la liberté du juge de recourir à tous moyens judiciaires de preuve admis en matière criminelle reste à peu près intacte.

(208) Cass. 12 janvier 1856, D. 56.1.109. Cf. également les arrêts cités dans Le Poittevin, Code d'instr. crim. annoté, art. 154, n° 23.

(209) Cf. sur tous ces détails, Dalloz, Code d'instr. crim. annoté, art. 189, n°s 13 et suiv., et art. 154, n°s 65 et suiv. Le Poittevin, *op. cit.*, art. 189, n°s 36 et suiv., et art. 154, n° 23.

SECTION II. — LA LIBERTÉ DU JUGE DANS L'APPRÉCIATION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE.

107. — La libre appréciation du juge est une conséquence forcée du principe de la preuve de conviction. Comment elle se dégage du texte de l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle.

108. — Caractère général de cette conséquence : son application à toutes les juridictions répressives.

109. — La libre appréciation du juge porte sur tous les moyens de preuve mis à sa disposition. Opportunité d'un examen approfondi de la conséquence à ce point de vue. Une remarque préalable : la non-intervention du législateur dans l'appréciation de la valeur des preuves devrait faire pendant à la libre appréciation du juge.

110. — A. *Le témoignage*.

La valeur probante du témoignage est *morale* — l'art. 292 du Code de procédure civile ; abrogation, dans le droit actuel, des anciennes règles qui attachaient de l'importance au nombre des témoins ; ce qui subsiste de la règle du système légal qui attachait de l'importance à la qualité des témoins : les témoins *disqualifiés* qui ne fournissent que de simples renseignements — cette disqualification ne vaut pratiquement que comme conseil ou avertissement au juge.

111. — B. *L'Aveu*.

Inexistence, dans le droit actuel, du double préjugé légal relatif à la valeur de l'aveu — possibilité par conséquent pour le juge de repousser l'aveu à lui soumis ; sa faculté, au contraire, d'en faire même la seule base de sa décision contrairement à la maxime *Nemo auditur perire volens* (jurisprudence constante) — ; le principe de la preuve de conviction exclut le double caractère d'irrévocabilité et d'indivisibilité que revêt l'aveu au civil.

112. — C. *Les écrits*.

Le principe de la libre appréciation de la preuve littérale dans l'art. 342 ancien ; réserves et dérogations à ce principe : la force légale des écrits en matière civile ; la force légale de certains procès-verbaux même en matière criminelle.

113. — D. *Les conclusions des experts*.

Le principe de la libre appréciation de l'avis des experts dans l'ancien droit et en droit actuel. Ce principe est conforme au caractère et à la nature de l'expertise judiciaire. En droit, le principe ne souffre aucune dérogation. L'influence que les résultats de l'expertise exercent pratiquement sur la conviction du juge.

114. — E. *Les présomptions ou indices.*

Le principe de la libre appréciation des indices dans l'art. 342 ancien. Abrogation des règles de l'ancien droit s'attachant au nombre et à la qualité des indices ; les conditions de gravité, de précision et de concordance des indices ne valent que comme conseils au juge : possibilité pour le juge de baser sa conviction sur un simple indice. La liberté du juge par rapport à la preuve indiciale est assez caractéristique du système des preuves morales.

115. — Constatations terminales : la libre appréciation du juge constitue le droit commun en matière de preuves ; sous l'empire de ce principe il n'y a plus lieu à l'ancienne distinction entre la preuve *naturelle* et la preuve *artificielle*.

107. — Plus encore que la conséquence précédente, la liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve est une conséquence nécessaire du principe de la preuve de conviction. C'est en effet cette libre appréciation qui marque le recours au jugement de la conscience. Or, ce jugement est la base même du système des preuves morales. Cette liberté d'appréciation est même tellement caractéristique du système de l'intime conviction qu'on serait en droit d'appeler encore ce système : *système de la libre appréciation du juge*.

Tenant compte, peut-être, de ces considérations, le législateur avait voulu spécifier tout particulièrement cette conséquence en ajoutant à la formule générale de l'art. 342 que la loi « ne prescrit point aux jurés de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ». Se défendant ainsi de poser des règles qui fixeraient à l'avance la valeur des preuves, le législateur reconnaît donc, de la façon la plus nette, la faculté du juge de les apprécier en toute liberté.

108. — A peine est-il besoin d'affirmer le caractère gé-

néral de cette seconde conséquence, et par suite de souligner qu'elle s'applique à toutes les juridictions répressives. Ceci résulte en effet tout naturellement de la généralité du principe des preuves morales qui, réduit à sa plus simple expression, n'est au fond autre que cette conséquence elle-même.

Nous n'avons d'ailleurs point de textes analogues aux art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, qui soient de nature à susciter quelques doutes en ce qui concerne les juges correctionnels et de simple police. Et même dans les limites de ces articles, et sans invoquer l'ancien art. 342, la Cour de cassation a souligné la libre appréciation du juge en déclarant que la loi donne en principe, au juge qui s'appuie sur une des preuves énumérées par ces textes, le droit d'apprécier cette preuve et de se prononcer, d'après son appréciation, en toute liberté (210).

109. — La libre appréciation du juge est encore générale en ce sens qu'elle s'applique à tous les moyens de preuve. Envisagée à ce dernier point de vue, cette liberté mérite de retenir plus longuement l'attention. Car, c'est précisément en examinant la liberté d'appréciation du juge, dans son application aux diverses preuves judiciaires, susceptibles de se produire dans le procès pénal, qu'apparaît sous son véritable jour la conception principale du système de la preuve de conviction, contrastant en cela avec l'idée de base du système des preuves légales.

Avant d'aborder cet examen il n'est pas superflu de souligner que la non-intervention du législateur dans l'appré-

(210) Cf. Cass. 4 sept. 1813, J. G. v^o Preuve, 89-1^o; 13 nov. 1834, J. G. v^o Témoin, 22-2.

ciation de la valeur respective des différentes preuves devrait faire pendant à la liberté du juge. Le législateur ne devrait pas, par conséquent, doter les preuves d'une force probante déterminée et fixée à l'avance. Il ne devrait pas non plus établir de préjugés favorables ou défavorables à l'égard de certaines preuves. Et il s'agit précisément, en étudiant respectivement l'économie des diverses preuves quant à l'appréciation de leur valeur, de vérifier dans quelle mesure a été respecté le double corollaire précédent.

Les preuves qui font généralement l'objet de l'appréciation du juge sont principalement : le témoignage, l'aveu, les écrits, les conclusions des experts et les présomptions ou indices. C'est dans cet ordre que nous allons procéder à l'examen de chacune de ces preuves.

A. — *Le témoignage.*

110. — Au sens strict du mot, le témoignage désigne les déclarations orales des tiers dans le procès. La preuve résultant de ces déclarations est toute morale, en ce sens qu'elle n'est soumise, quant à sa valeur, à aucune réglementation technique, mais laissée à l'appréciation souveraine du juge, selon sa conscience et son intime conviction.

En matière criminelle, ayant posé dans l'art. 342 ancien le principe général de la preuve de conviction, le législateur n'a pas cru nécessaire de prévoir cette conséquence dans un texte particulier.

Il n'en est pas ainsi en matière civile où l'art. 292 du Code de procédure civile reconnaît au juge, d'une façon accidentelle il est vrai, le pouvoir d'accorder « tel égard que de raison » aux témoignages. Ceci est du reste fort compréhensible, puisqu'en matière civile il n'existe pas de

texte correspondant à l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle, et la preuve de conviction n'y apparaît qu'à titre d'exception.

Quoi qu'il en soit, les dispositions de l'art. 292 du code de procédure civile ne peuvent que confirmer davantage cette conséquence incontestable du principe de la preuve morale.

Par suite de la liberté reconnue au juge sous ce rapport, plusieurs règles souvent caractéristiques du système des preuves légales se trouvent forcément exclues.

A cet égard, il faut citer en premier lieu les règles qui attachent de l'importance au nombre des témoins, de façon à obliger le juge à compter les témoignages plutôt qu'à les peser. Nous savons que deux règles de ce genre avaient cours dans l'ancien droit : la règle que représente l'adage : *Testis unus, testis nullus*, et la règle inverse attribuant une force invincible aux dépositions conformes de deux témoins exempts de tout reproche.

Dans le droit actuel, l'abrogation de ces deux règles avait été du reste formellement prévue par l'art. 342 ancien qui, s'adressant aux jurés, portait : « La loi ne leur dit point : *vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins* ; elle ne leur dit pas non plus : *vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins...* »

Il s'ensuit donc que, contrairement à la première de ces règles, le juge peut tenir pour avéré un fait sur lequel un seul témoin a déposé ; et que, contrairement à la seconde, il peut considérer comme non établi un fait affirmé par un grand nombre de témoins (211). Cela ne soulève pas

(211) BONNIER, n^{os} 341 à 343, et GARRAUD, t. II, n^o 423.

le moindre doute, surtout lorsqu'il s'agit de la seconde règle qui est universellement abandonnée aujourd'hui.

En droit français, la jurisprudence n'est pas moins unanime à reconnaître au juge la faculté de fonder librement sa conviction sur la déposition d'un témoin unique. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle déclaré : « Attendu que la preuve testimoniale peut résulter de la déclaration d'un seul témoin, et que la législation laisse au juge la faculté de rechercher et d'apprécier dans sa conscience la portée morale et la force légale de ce témoignage... (212). »

Ainsi donc, il ne faut pas même voir dans la vieille maxime *Testis unus, testis nullus*, une sorte de préjugé défavorable à la déposition d'un seul témoin, puisque la jurisprudence n'a cessé, en toutes occasions, de combattre un pareil préjugé, comme l'atteste l'arrêt que nous venons de citer et tant d'autres arrêts du même genre (213). Tout au plus pourrait-on dire, comme on l'a bien remarqué depuis déjà longtemps, qu'en droit français cette maxime n'a plus de valeur que comme argument de discussion ou comme règle de prudence pour le juge (214).

Mais si les deux règles précédentes peuvent, dans l'état actuel du droit français, être considérées comme formel-

(212) Cass. 11 déc. 1851, S. 52. 1.371.

On peut toutefois considérer comme une résurrection en quelque sorte de la règle *Testis unus, testis nullus* dans un cas tout à fait particulier la disposition de l'art. 2 alinéa 5 de la loi du 28 juillet 1894 sur la répression des menées anarchistes. D'après ce texte, qui a pour objet de réprimer la provocation des militaires à la désobéissance, « la condamnation ne pourra être prononcée sur l'unique déclaration d'une personne affirmant avoir été l'objet des incitations..., si cette déclaration n'est pas corroborée par un ensemble de charges démontrant la culpabilité et expressément visées dans le jugement de condamnation. »

(213) C. Cass. 23 janv. 1873, S. 73.1.344 ; 7 janv. 1835, B. n° 50 ; 13 nov. 1834, S. 35.1.191 ; 11 juin 1825, D. 26.1.231.

(214) MITTERMAIER, *op. cit.*, note p. 374.

lement abrogées, on ne peut pas en dire autant de la règle, également caractéristique du système des preuves légales, qui attachait de l'importance à la qualité du témoin.

Sous le système des preuves légales, l'ancien droit établissait plusieurs catégories de témoins et dosait le degré de confiance que méritait chacune d'elles. Il importait donc alors, pour peser la valeur d'une déposition, de savoir à quel titre cette déposition avait été faite.

De cette méthode a survécu, en droit français moderne, la distinction des témoins en deux catégories au point de vue du degré de confiance qu'ils méritent. Plusieurs dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle établissent nettement en effet la distinction entre les témoins proprement dits et les témoins *disqualifiés*, créant ainsi une catégorie de personnes dont les dépositions ne vaudront en justice qu'à titre de *simples renseignements* (215).

Il faut reconnaître tout de suite que, par ces dispositions le législateur n'a aucunement reproduit l'archaïque classification du système légal. Cependant, la distinction en question n'en constitue pas moins une règle incompa-

(215) Tels sont : 1° Les indignes ou exclus, c'est-à-dire ceux qui sont frappés de la dégradation civique ou de l'interdiction des droits civils, civils et de famille (Code pén., art. 34 n° 3, art. 42 n° 8) ; — 2° les enfants au-dessous de l'âge de quinze ans (Code d'instr. crim., art. 79) ; — 3° les individus suspects de partialité à raison d'une des causes limitativement énumérées par les art. 156 et 322 du Code d'instr. criminelle, lorsqu'ils sont entendus en Cour d'assises en vertu du pouvoir discrétionnaire du Président et au cas où les intéressés s'opposeraient à la prestation du serment (Code d'inst. crim., art. 269 nouveau) ; — 4° les témoins qui n'ont pas été cités ou notifiés en temps utile (Code d'instr. crim., art. 315), dont l'audition est écartée à la demande des parties, mais qui peuvent être entendus sans prestation de serment et à titre de simples renseignements devant la Cour d'assises en vertu du pouvoir discrétionnaire du Président.

tible, en théorie, avec le système de la libre conviction du juge, en ce sens qu'elle va à l'encontre de la libre appréciation des preuves, en établissant *a priori* un certain préjugé qui pourrait, le cas échéant, exercer une influence sur sa conscience. Ce préjugé consiste en ce que, par cette distinction, la loi recommande au juge d'attacher moins d'importance aux simples renseignements qui, du fait qu'ils n'ont pas subi la formalité du serment, sont réputés mériter moins de crédit que les vrais témoignages. Or, c'est justement l'égalité des témoins devant la justice criminelle qui marque l'une des conséquences les plus naturelles du système de la preuve de conviction.

Aussi, voit-on cette distinction légale perdre pratiquement toute valeur réelle. Le juge demeurant, en dernier lieu, libre d'apprécier souverainement toutes les déclarations produites au procès, pourra dès lors préférer parfois les simples renseignements aux véritables témoignages, s'arrêtant ainsi aux dépositions faites sans prestation de serment de préférence à celles faites sous la garantie de cette solennité.

Il est permis dès lors de voir dans la formalité du serment, avec la distinction qu'elle entraîne entre les dépositions, plutôt le conseil ou l'avertissement au juge d'être circonspect à l'égard d'une certaine catégorie d'individus, pour lesquels des raisons plausibles imposent de procéder avec quelque réserve (216).

Ainsi considérée, la démarcation entre les témoignages

(216) Ces raisons peuvent se résumer ainsi : 1° l'indignité légale ; — 2° la suspicion légitime ; — 3° la défiance du témoignage des enfants ; — 4° l'impossibilité pour les parties, par suite du défaut de citation ou de notification, d'organiser, à l'avance, la contradiction et la discussion du témoignage (GARRAUD, t. II, n° 375, p. 16).

et les simples renseignements constituerait, comme c'est le cas pour les dispositions des art. 322 et 156 du Code d'instruction criminelle, un procédé ingénieux de la part du législateur à l'effet de ménager les conséquences du système de l'intime conviction et les besoins d'une bonne administration de la justice (217).

B. — *L'aveu.*

111. — Sous le système des preuves légales, la valeur de l'aveu se résumait, selon l'époque, ou bien dans la force invincible de cette preuve, ou bien au contraire dans le discrédit légal dont elle était frappée. Et nous savons, en effet, qu'au cours de l'histoire l'aveu connut tour à tour ces deux aspects de la réglementation légale : dans la procédure barbare, au moyen âge, il possédait une force probante absolue ; dans le dernier état du système légal, il était au contraire régi par la maxime *Nemo auditur perire volens*.

Une conséquence naturelle du système de l'intime conviction a donc dû être de débarrasser l'aveu de ce double préjugé. Ce qui n'a évidemment pas été prévu d'une façon expresse par le législateur qui dans les art. 154 et 342 ancien (dispositions fondamentales en matière de

(217) Ceci ne paraît cependant pas être l'avis de certains auteurs qui préféreraient que les témoins pour quelque raison suspects soient, ou bien exclus purement et simplement, ou bien soumis à la même garantie que les autres. Cf. GARRAUD, t. II, p. 15. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître avec cet auteur que sous d'autres rapports la disqualification de certains témoins est critiquable en ce qu'elle entraîne le double inconvénient de soustraire les simples donneurs de renseignements à la répression du faux témoignage lorsqu'ils ne disent pas sciemment la vérité, et de rendre non recevable le pourvoi en revision fondé sur l'art. 443 alinéa 13 du C. d'instr. criminelle, qui exige, comme moyen de revision, la condamnation préalable du faux témoin (*ibid.*, p. 14).

preuve) garde au sujet de l'aveu un silence absolu. Il faut, par suite, tirer cette conséquence du principe général de la preuve de conviction, posé dans l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle, et de la double liberté qu'il accorde au juge par rapport à toutes les preuves.

Ainsi, d'une part, le juge peut — malgré l'importance attachée instinctivement et traditionnellement par l'opinion populaire à la confession de l'accusé — repousser l'aveu chaque fois que, d'après les circonstances du procès, il a des raisons plausibles d'en mettre en doute la sincérité ou la véracité. Il convient en effet de remarquer à ce propos qu'une libre appréciation de l'aveu est d'autant plus indispensable que l'auto-accusation, pour les raisons les plus diverses, n'est pas un phénomène rarissime ; et que, dès lors, non seulement il est du pouvoir du juge de ne point attribuer *a priori* à l'aveu une force absolue de conviction, mais qu'encore il est de son devoir de le soumettre à une critique scrupuleuse.

D'autre part, le juge est en droit de tirer de l'aveu tout le profit possible en vue de former sa conviction. C'est que, quels que soient les dangers de l'auto-accusation, ce phénomène n'en constitue pas moins une exception qu'une critique consciencieuse ne tardera pas à dévoiler. Il demeure toujours vrai que l'aveu qui se produit spontanément, sans la moindre contrainte matérielle ou morale et en pleine connaissance de cause, constitue, selon le cours ordinaire des choses, la plus sûre de toutes les preuves.

Aussi le juge peut-il admettre l'aveu comme base principale, ou même comme seule base de la condamnation, sans que les condamnés puissent invoquer la vieille maxime *Nemo auditur perire volens*. Telle a été la conclusion qu'une

jurisprudence constante a eu maintes fois l'occasion d'affirmer. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation déclare notamment : « Attendu que la violation d'une maxime de jurisprudence ne peut constituer un moyen de cassation qu'autant que cette maxime serait revêtue du caractère législatif et qu'aucune loi ne défend aux juges correctionnels du premier ou second ressort de faire entrer dans leurs éléments de conviction l'aveu du prévenu, et ne leur impose à cet égard des règles différentes de celles qui existent pour les jurés (218). »

La jurisprudence est même allée, en vue d'effacer toute trace du discrédit légal de l'aveu, jusqu'à méconnaître au juge la faculté de se refuser à en faire la base d'une condamnation uniquement parce que c'est un aveu. A cet effet, la Cour suprême a toujours cassé les décisions d'acquiescement rendues à l'encontre d'un aveu constaté par le jugement (219).

Certes, par suite du système de la preuve de conviction, le juge reste maître d'apprécier la force probante de l'aveu, ce qui implique naturellement son pouvoir de l'écarter purement et simplement. Mais ce serait commettre un *excès de pouvoir* que d'abuser de la liberté de la conviction pour écarter ce mode de preuve sans motifs plausibles (220). Il est bien évident par ailleurs que la maxime *Nemo auditur perire volens* ne saurait tenir lieu de raison valable à cet effet.

(218) Cass., 23 sept. 1837, B. n° 293.

(219) Jurisprudence constante. Cf. Le Poittevin : Code d'instr. criminelle annoté, art. 154, n° 31, et Dalloz : Code d'instr. criminelle annoté, art. 154, n° 522 à 535.

(220) GARRAUD, t. II, p. 241.

La liberté du juge par rapport à l'aveu se manifeste encore dans les caractères que présente celui-ci dans la procédure répressive actuelle. En matière civile, nous savons que l'aveu est irrévocable et indivisible (art. 1356 du Code civil). Or, ces deux caractères se trouvent logiquement exclus en matière criminelle, par l'effet même du système des preuves morales. Certes, on peut arriver à la même conclusion en arguant de l'inapplication de l'art. 1356 du Code civil en matière de répression, cet article étant inscrit, comme le dit la Cour de cassation, au chapitre de la preuve des obligations et non à celui de la preuve des délits (221). Mais il est moins empirique de voir, dans la possibilité pour l'accusé de rétracter son aveu et dans la faculté pour le juge de le diviser, des conséquences tout à fait harmonieuses du système de la preuve de conviction.

Remarquons en effet qu'avant d'indiquer ces deux caractères d'irrévocabilité et d'indivisibilité, l'art. 1356 pose nettement une règle de preuve légale, quant à la valeur probante de l'aveu, en déclarant qu'il « fait pleine foi contre celui qui l'a fait ». Ce qui porte à présumer qu'il existe une étroite corrélation entre cette règle d'une part et les deux caractères qui la suivent d'autre part. Or, c'est justement la règle opposée, celle de la libre appréciation du juge, qui régit l'aveu en matière criminelle. Il s'ensuit donc logiquement la double possibilité de rétracter et de diviser l'aveu au criminel.

Cela est d'ailleurs fort compréhensible, du moment que libre dans son appréciation de l'aveu, le juge, appré-

(221) Cass. 19 août 1941, Bull. crim. n° 252. Cf. également Cass., 19 août 1875 ; Bull. crim. n° 268.

cie de même librement la valeur de la rétractation et peut ainsi, selon sa conviction, être amené à ne pas en tenir le moindre compte. Il serait par suite inutile de priver l'accusé de cette faculté de se rétracter, alors que l'irrévocabilité perd avec la libre appréciation du juge toute portée réelle.

Ajoutons que cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation dans le même arrêt où elle arguait de l'application de l'art. 1356 du Code civil. Elle y déclare notamment que les aveux « s'ils ont été faits spontanément ne sont que des preuves morales qui ne lient pas l'accusé et qu'il peut toujours rétracter par suite d'erreur ou autrement (222). »

D'autre part, la valeur de l'aveu étant soumise à l'appréciation du juge, il lui appartient, par la nature même des choses, soit de le retenir entièrement, soit d'en accepter certaines parties et de rejeter les autres. « La confession en matière criminelle, dit Faustin Hélie, est essentiellement divisible : élément de la conviction intime du juge, il appartient à ce juge de l'apprécier dans toutes ses parties et de l'adopter en entier comme de la rejeter en totalité ou partiellement (223). »

C. — *Les écrits.*

112. — Dans un procès pénal, la preuve littérale peut se présenter de deux manières. Ou bien le corps même du délit consiste dans un écrit, ou bien encore un ou plusieurs écrits sont invoqués comme preuve de la criminalité du fait ou de la culpabilité du prévenu.

(222) Cass., 19 août 1841, B. n° 252.

(223) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, n° 1938. Cf. également BONNIER, n° 368, et GARRAUD, t. II, n° 477.

Dans l'un ou l'autre cas, l'écrit — de même que le témoignage et l'aveu — est soumis à la libre appréciation du juge. Telle est la conséquence générale du système des preuves morales.

Cette conséquence était d'ailleurs expressément consignée dans le texte même de l'art. 342 ancien, qui déclarait que la loi ne disait point aux jurés : « *Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces...* »

Il s'ensuit donc qu'en thèse générale, aucun écrit n'a par lui-même une force légale devant enchaîner nécessairement la conviction du juge, qui peut, selon son appréciation, soit retenir l'écrit à lui présenté comme une preuve suffisante, soit au contraire n'en pas tenir le moindre compte.

Cette constatation n'est pourtant tout à fait exacte qu'autant que les écrits produits au procès ont pour objet direct d'établir la criminalité du fait ou la culpabilité du prévenu. C'est qu'en dehors de ce domaine, et quand il s'agit du domaine civil, la preuve littérale se trouve soumise à une réglementation qui en fait une preuve en quelque sorte légale, allant parfois jusqu'à attribuer à certains écrits une autorité incompatible avec le principe des preuves morales et de la libre appréciation du juge. Or, il arrive quelquefois que le juge pénal soit appelé à se prononcer sur des questions préjudicielles d'ordre civil. Nous verrons dans le cours de cet ouvrage que le principe de preuve à suivre dépend moins de la nature de la juridiction que de la nature du litige ou du point à résoudre, et que, par suite, dans la présente hypothèse, le juge pénal doit appliquer les règles de preuve en matière civile.

Ainsi donc, s'il s'agit de résoudre devant le juge répressif une question incidente de droit civil, les divers écrits produits relativement à cette question conservent l'autorité que la loi ordinairement leur attribue. Le juge pénal peut de la sorte se voir obligé de plier son habituelle liberté d'appréciation devant la foi légale que le législateur attache aux preuves dites *préconstituées* du droit civil (224).

Ainsi, par exemple, les actes authentiques ordinaires qui peuvent, dans plusieurs circonstances, se produire incidemment au procès pénal, y conservent la foi qui leur est reconnue par le droit commun, et par suite s'imposent au juge répressif tant qu'il n'y a pas inscription de faux (225).

Notons également que, même dans les limites du domaine purement criminel, la liberté du juge dans l'appréciation des écrits souffre une dérogation manifeste, du fait de la force légale plus ou moins invincible attachée par la loi à certains actes authentiques spéciaux, propres à ce domaine. Il s'agit des procès-verbaux constatant certaines contraventions et quelques délits spéciaux.

Aucune confusion à cet égard ne doit cependant exister. Les procès-verbaux sont en effet des actes destinés à constater l'existence d'une infraction avec toutes ses circonstances, ainsi que tous les faits propres à en signaler les auteurs (226). Ils sont donc, et par leur nature et par leur contenu, destinés à servir de mode de preuve essentiel dans le procès pénal. En cette qualité, les procès-verbaux n'ont, en règle générale, comme d'ailleurs tous les écrits, que la valeur d'un document ordinaire soumis à la libre

(224) BONNIER, n° 7.

(225) *Ibid.*, n° 602.

(226) GARRAUD, t. II, p. 142.

appréciation du juge. Cela est vrai pour tous les procès-verbaux, dressés au cours de la poursuite, concernant les crimes et les délits de droit commun : c'est-à-dire les délits prévus par le Code pénal, ainsi que tous les délits prévus par des lois particulières et pour lesquels la loi n'indique pas formellement et explicitement une règle contraire.

Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel, comme nous le constaterons plus en détails par la suite, que certains procès-verbaux constituent de véritables preuves légales.

D. — *Les conclusions des experts.*

113. — C'est un principe que les conclusions des experts ne lient pas le juge qui demeure libre de les apprécier souverainement selon sa conscience et sa conviction intime. Ce principe paraît avoir depuis longtemps dominé l'expertise en tant que moyen de preuve. On le trouve déjà en effet dans l'ancien droit français, même sous l'empire du système des preuves légales, exprimé de la façon la plus nette dans la coutume réformée de Paris qui porte dans son article 184 : « Doit être le rapport apporté en justice pour, en plaidant ou en jugeant, y avoir tels égards que de raison. »

Dans le droit actuel, le même principe a été expressément consacré par le Code de procédure civile qui déclare dans l'art. 323 : « Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conscience s'y oppose. »

Ce texte n'a pas été reproduit par le Code d'instruction criminelle. Cela s'explique, d'une part, par le fait que, dans ce dernier code, le législateur a été très bref, parfois même muet, sur la réglementation de certains

moyens de preuve dont l'expertise (227). D'autre part, il n'était point besoin de reproduire, dans un texte particulier, une idée qui dérive naturellement du principe général des preuves morales posé dans l'art. 342 ancien.

Il est à noter d'ailleurs que la libre appréciation de l'expertise est une conséquence à laquelle conduisent logiquement le caractère et la nature de cette preuve.

Quant au caractère de l'expertise, il est certain que — à part le cas prévu par l'art. 44 du Code d'instruction criminelle — le juge jouit à son égard d'une simple faculté, et que la loi lui laisse toute liberté quant au point de décider si cette mesure est ou non utile pour la manifestation de la vérité, et, par suite, si elle doit ou non être ordonnée (228). Il s'ensuit donc logiquement qu'il est inadmissible que le juge puisse, par sa propre volonté, se lier irrémédiablement à l'avance par les résultats d'une expertise qu'il aura ordonnée, sans pouvoir les discuter et les soumettre à sa propre appréciation.

Quant à la nature de l'expertise, on s'accorde généralement à voir dans l'expert un délégué ou un auxiliaire appelé par le juge à donner un *avis* sur des questions dont la solution exige des connaissances particulières, techniques ou scientifiques, qui ne seraient pas de la compétence du juge. Ce qui veut dire que, par définition même, les constatations de l'expert constituent moins une véritable preuve directe dans le procès qu'une appréciation personnelle, technique ou scientifique, soumise en dernier lieu à l'appréciation suprême du juge, seul qualifié pour émettre un

(227) Ainsi le Code d'instruction criminelle ne s'occupe de l'expertise qu'en ce qui concerne l'instruction préparatoire ; et encore il ne consacre à cet effet que deux textes : les art. 43 et 44.

(228) LE POITTEVIN, *op. cit.*, art. 43 et 44, n^o 18 et suiv.

jugement décisif sur tous les points du procès. A ce propos, on a dit avec raison : « L'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets ; et c'est au juge qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes (229). »

Cette nature de l'expertise explique que, même sous un système de preuves légales, le législateur peut tendre parfois à n'accorder aux conclusions des experts aucune force légale devant s'imposer au juge. Aussi, à plus forte raison, est-il inadmissible que sous le système des preuves morales et de la libre appréciation du juge le législateur puisse adopter une solution contraire.

Il est à constater du reste que le code d'instruction criminelle n'apporte pas à cette solution la moindre dérogation. Cela demeure encore vrai même au cas d'une expertise contradictoire, à laquelle il aura été procédé aux termes de la loi de 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles (230). C'est qu'en effet, même dans ce cas particulier, aucune disposition spéciale n'écarte l'application du droit commun de la preuve. De sorte que le juge est en droit, s'appuyant bien entendu sur des raisons plausibles, de ne pas homologuer les conclusions d'une expertise contradictoire régulière.

Mais si, en droit, les résultats de l'expertise ne sont pas obligatoires pour le juge, il faut remarquer cependant que, pratiquement, ils sont souvent d'une importance décisive

(229) BONNIER, n° 111, p. 91.

(230) L'art. 12 de la loi du 1^{er} août 1905 pose le principe d'une expertise contradictoire qui, par un règlement d'administration publique des 31 juillet et 2 août 1906, fut organisée en adoptant le système de dualité et d'égalité des experts. Cf. GARRAUD, t. I, pp. 653 et suiv.

sur sa conviction. Avec le développement scientifique moderne, cette dernière remarque devient, comme nous le signalerons plus tard, d'une exactitude encore plus rigoureuse. Aussi est-il permis d'y voir, dès maintenant, comme un point faible dans le fonctionnement actuel du système de l'intime conviction.

E. — *Les présomptions ou indices* (231).

114. — Dans le procès pénal, il arrive souvent que le juge soit appelé, pour établir sa conviction et préparer ainsi sa décision, à examiner des indices de toutes sortes, qui varient forcément d'un procès à l'autre selon les circonstances particulières de chaque cause. Les indices servent alors : soit à suppléer à toute autre preuve en fournissant eux-mêmes des éléments suffisants de preuve de la culpabilité du prévenu, soit à contrôler les autres preuves déjà entamées en les complétant ou en les confirmant. Dans les deux cas, les indices constituent des éléments de conviction au même titre que les autres preuves que nous venons d'étudier.

Le principe qui laisse à l'entière souveraineté du juge le choix et l'appréciation des indices, sans qu'aucune règle ne puisse venir restreindre ni imposer *a priori* leur force

(231) On emploie souvent indifféremment les deux expressions, surtout en matière criminelle. On s'applique pourtant volontiers à distinguer les indices des présomptions proprement dites (Cf. GARRAUD, t. II, n° 493). Il ne s'agit au fond que de distinguer les présomptions légales ou de droit des présomptions de fait. Ce sont ces dernières qu'on désigne plus particulièrement sous le nom d'indices (cf. BONNIER, n° 818). Elles signifient alors « tous les faits, toutes les circonstances dont on peut, par voie de raisonnement, induire l'existence ou l'absence de l'infraction, la culpabilité ou l'innocence de l'agent ». GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, n° 845, p. 454.

probante ne fait aucun doute. Il était d'ailleurs expressément posé, de même que pour le témoignage et pour les écrits, dans la même formule générale de l'art. 342 ancien : « La loi ne dit point aux jurés : *Vous ne regarderez point comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins, ou de tant d'indices...* »

Il faut par suite considérer comme formellement abrogées toutes les règles qui, sous l'empire du système des preuves légales de l'ancien droit français, réglementaient une sorte de calcul des indices, assimilable au calcul des témoins, en établissant une classification minutieuse des indices et en exigeant *a priori* une certaine quantité et une certaine qualité, de même qu'on exigeait tel nombre et telle nature de témoignages pour opérer la conviction.

Certes, les règles du système légal renfermaient, quant à la gravité, à la précision et à la concordance des indices, des conditions fort utiles dont le bon sens réclame l'observation sous quelque système de preuve que ce soit, si l'on cherche vraiment à rendre une justice consciencieuse avec les moindres chances d'erreur. Cela ne suscite point de discussion ; et il faut supposer que de pareilles conditions sont toujours en vigueur, pourvu cependant qu'on n'y voie que de purs conseils adressés à la conscience du juge, et qu'il serait vain d'insérer dans les textes de la loi (232).

Ce qu'il convient de bien souligner, c'est que ces conditions ou conseils ne portent pas la moindre atteinte à la

(232) L'art. 1353 du Code civil énonce cependant expressément ces conditions, tout en laissant comprendre qu'il s'agit là de conseils que le juge doit suivre. Le texte porte en effet : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes... »

plénitude de la liberté du juge dans son appréciation des indices, lors même qu'elles seraient expressément consacrées par le législateur. Nous avons remarqué précédemment en effet que, même sous le système des preuves légales, c'était au juge qu'il appartenait en dernier lieu de vérifier et de contrôler de pareilles conditions, et que c'est à travers ce travail de raison qu'il pouvait toujours trouver un moyen pour mettre en jeu l'appréciation de sa conscience.

De tels conseils, qui ne sont du reste consignés nulle part dans le Code d'instruction criminelle, ne constituent donc pas des règles obligatoires pouvant gêner en quoi que ce soit la liberté d'appréciation du juge. Aussi la Cour de cassation a-t-elle rejeté, d'une part, un pourvoi fondé sur le motif que les présomptions, dans l'espèce, n'étaient pas graves, précises et concordantes ; d'autre part, un autre pourvoi qui prenait comme motif *l'excès de pouvoir* qu'un juge de paix aurait commis en refusant d'admettre des présomptions que l'on disait graves, précises et concordantes (233).

Une véritable dérogation à la libre appréciation du juge serait de poser quelque condition stipulant par exemple,

(233) Cf. BONNIER, n° 817, pp. 661 et 662 où sont cités les arrêts en question.

Dans la loi du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement, le législateur paraît cependant déroger à la précédente règle en attachant une importance particulière aux conditions de précision, de gravité et de concordance des présomptions. En vertu de cette loi, le tribunal d'Etat, saisi d'une poursuite contre un individu qu'on présume s'être livré, à titre habituel ou lucratif, à des manœuvres abortives, doit en effet, en présence de « présomptions précises, graves et concordantes », prononcer l'une des sanctions pénales entrant dans sa compétence. Cf. Donnedieu de Vabres : *Traité de droit criminel*, 2^e supplément, p. 113, et surtout n° 1240, pp. 137 et 138.

comme l'ancien Code autrichien (234), le concours de plusieurs indices pour opérer la conviction, et par suite l'exclusion de tout indice isolé. Ou bien encore de poser en principe, comme dans la *Caroline* et l'ancien droit français (235), que les indices, quelque graves qu'ils soient, ne peuvent servir de base à une condamnation capitale. Or, c'est précisément pour supprimer toute trace de ces règles archaïques du système légal que l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle avait déclaré que la loi ne prescrivait pas aux juges de regarder comme insuffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant d'indices.

Il faut remarquer en effet, comme le fait Bonnier, qu'un fait isolé peut donner lieu à des inductions d'une extrême gravité (236). Il s'ensuit donc que, non moins que pour le témoignage, le juge peut baser sa conviction sur un simple indice et condamner ainsi en conséquence. « Un seul indice, dit encore Bonnier, peut être décisif, trois ou même quatre indices peuvent n'avoir aucune force. Le bon sens veut que, comme le témoignage, ils soient pesés, et non comptés (237). »

Le juge jouit donc, par rapport aux indices, d'une aussi entière liberté qu'en ce qui concerne les autres moyens de preuve. Il n'est pas superflu d'ajouter que cela est assez caractéristique du système de la preuve par l'intime conviction. Ce dernier système a en effet le mérite de mettre la preuve par les indices sur le même pied que les autres moyens de preuve, contrastant ainsi avec le système des preuves légales.

(234) BONNIER, n° 825, p. 667.

(235) Cf. *supra*, n° 55 et note 112.

(236) N° 817.

(237) N° 825, p. 667.

Il y a lieu de noter cependant que le législateur a dérogé à cette politique dans deux cas qui marquent une certaine survivance de l'ancienne règle du système légal. Il exclut en effet la preuve par les indices, tout d'abord, vis-à-vis du prévenu de complicité dans le délit d'adultère. Il ne l'admet pas, en second lieu, comme preuve contraire en vue de détruire la force probante d'un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire. Nous retrouverons ces deux exceptions dans la suite de cet ouvrage (237 *bis*).

* * *

115. — De ce qui précède, ressortent deux grandes constatations que nous devons souligner.

Tout d'abord, il faut conclure qu'à part quelques exceptions qui n'excluent point le principe général et dont nous mesurerons plus tard la véritable portée, la libre appréciation du juge constitue le droit commun en matière de preuves. A cet égard, nous constatons en effet que la loi a, d'une façon générale, respecté le double corollaire de la liberté du juge, qui se résume dans la non-intervention du législateur dans l'appréciation de la force probante des preuves. Nous avons vu du reste, et nous verrons encore davantage par la suite, que lorsqu'il intervient, dans des cas limités d'ailleurs, il ne le fait le plus souvent que par mesure de précaution ou dans le but de pourvoir à des nécessités d'ordre supérieur.

Il est à constater, en second lieu, que le fait de laisser toutes les preuves à la libre appréciation du juge signifie que la loi les met sur un pied d'égalité. Certes, selon l'opinion populaire et selon les circonstances particulières de

(237 *bis*) Cf. *infra*, n^{os} 147 et 150.

chaque cause, les différentes preuves ont une importance inégale. Mais l'effet du système de la preuve de conviction a été principalement d'en laisser l'appréciation à la conscience et à la sagesse du juge, sans le contraindre à attacher obligatoirement une importance plus ou moins grande aux unes plutôt qu'aux autres.

La plus remarquable conséquence de cet effet du système de l'intime conviction a été de ne plus donner lieu à l'ancienne et absurde distinction entre ce qu'on appelle la preuve *naturelle*, soi-disant basée sur l'observation des sens, et la preuve *artificielle*, ou par indices, qu'on disait fondée uniquement sur le raisonnement (238). Dans l'ancien droit, cette distinction avait pour effet de faire considérer les indices comme ne pouvant jamais produire pleine démonstration, d'où la disposition de l'art. 22 de la *Caroline* et les règles de l'ancien droit français qui interdisaient de baser une condamnation capitale uniquement sur les indices.

Nous avons vu qu'avec la liberté laissée au juge, la preuve indiciale n'est plus frappée de ce discrédit. Bien au contraire, elle a acquis avec les progrès scientifiques, dans le domaine de l'expertise et de la *police scientifique*, une importance toujours croissante, et son influence sur la conscience et la conviction du juge est, comme nous le signalerons à la fin de notre ouvrage, de plus en plus puissante. Aussi est-il permis de dire que, plus qu'aucune autre preuve, la preuve indiciale illustre dans le droit moderne la réalité pratique du système de l'intime conviction et de la liberté du juge.

(238) Nous avons vu que de ce point de vue la distinction est erronée, un travail de raisonnement étant toujours indispensable dans l'une et l'autre preuve. Cf. *supra*, n° 82.

SECTION III. — LA SOUVERAINETÉ DE LA CONVICTION DU JUGE.

116. — Ce que signifie la *souveraineté* de la conviction du juge en thèse générale : le juge n'est pas tenu de rendre compte des *motifs* de sa conviction.
117. — Cette conséquence dérive et de la nature même de la conviction et de l'idée de liberté du juge qui est à la base du système des preuves morales ; elle constitue en quelque sorte la sanction de cette liberté. Elle ressort de même nettement de l'art. 342 ancien.
118. — Effet de la conséquence en question : faculté du juge de se borner à déclarer sa conviction sans en produire les causes déterminantes.
119. — Précisions sur la portée réelle de la souveraineté de la conviction : le juge est dispensé de motiver sa conviction, mais il est obligé de motiver sa décision. Distinction de deux notions.
120. — L'idée de la souveraineté de la conviction est d'une application générale à toutes les juridictions criminelles.
121. Remarque finale : la souveraineté de la conviction n'implique ni l'arbitraire du juge ni l'omnipotence du jury.

116. — Le principe des preuves morales conduit finalement à cette conséquence que la conviction du juge, après s'être formée en toute liberté, demeure souveraine, en ce sens que la manière dont elle s'est formée ne saurait être discutée ni contrôlée. Autrement dit, le juge n'est pas tenu de rendre compte des motifs qui ont formé sa conviction ; l'appréciation qu'il a pu faire des preuves échappe à toute critique et n'est soumise qu'au contrôle de sa propre conscience.

117. — Cette conséquence dérive logiquement de la nature même de la conviction morale qui, étant l'œuvre de la conscience, est forcément sensible aux circonstances les plus nombreuses et les plus diverses, et repose sur une multitude infinie de motifs qu'il serait parfois, voire le

plus souvent, impossible de calculer ou d'analyser dans tous leurs détails.

Dans le système des preuves légales, là où il s'agit d'une conviction *légale* qui est le produit forcé d'un calcul des preuves et des demi-preuves, il devient au contraire tout à fait naturel de demander au juge un compte rigoureux de ses motifs de conviction. C'est en effet le seul moyen de contrôler si le dosage légal des preuves a été respecté (239). Il y a là du reste, pour le juge, une tâche des plus simples ; car, en faisant son calcul des preuves, il rend en vérité d'autant compte de la conviction légale qui n'est autre que le résultat même de ce calcul.

Mais la souveraineté de la conviction du juge résulte encore de l'idée même de liberté du juge qui est à la base du système des preuves morales. Si, en effet, le juge avait à s'occuper de prendre note des motifs de sa conviction pour en rendre ensuite compte, il n'aurait plus cette latitude dans l'appréciation des éléments du procès. Se souciant avant tout de préparer et calculer les motifs de la certitude, il ne pourrait pas tirer profit des impressions qui seraient alors la résultante de certains motifs dont l'esprit, même le plus lucide et le plus attentif, ne peut se rendre compte au moment même où ils agissent sur lui. Comme sa véritable conviction morale peut cependant ne se former qu'à travers ces impressions fugitives et par l'effet de ces derniers motifs imperceptibles et insaisissables, dont il serait tenu quand même de rendre compte, le juge serait fatalement conduit à une conviction plutôt artificielle, la seule qu'il serait en mesure de motiver en s'arrêtant à des éléments tangibles, dégagés des causes

(239) Cf. MITTERMAIER, p. 82 et surtout p. 101.

imperceptibles de la certitude. Autrement dit, il essaierait toujours de former sa conviction conformément aux seuls éléments dont il pourrait rendre compte. L'élaboration de sa véritable conviction morale serait par suite entravée par ce constant souci de rechercher des motifs palpables. Dans son appréciation, il ne considérerait les preuves produites dans le procès que dans la mesure où elles peuvent lui servir de motifs contrôlables de la conviction.

Ce ne serait donc plus la libre appréciation dont nous avons parlé précédemment et qui constitue la conséquence capitale du principe de la preuve morale. En d'autres termes, il ne jouirait donc plus de cette liberté qui lui permet d'écarter un aveu, de baser sa condamnation sur la déposition d'un témoin *disqualifié* ou même sur un simple indice.

La souveraineté de la conviction du juge, dans le sens que nous venons d'expliquer, constitue donc un complément indispensable de la double liberté que le système des preuves morales accorde au juge dans sa recherche de la vérité. Elle constitue en quelque sorte la sanction sans laquelle cette liberté perd toute sa valeur et toute son utilité.

Sur ce point, le législateur avait du reste été assez catégorique lorsqu'il portait dans l'art. 342 ancien : « La loi ne demande pas compte aux jurés des motifs par lesquels ils se sont convaincus. »

Nous avons vu précédemment que de cette même formule on pouvait déduire également la double liberté accordée au juge à l'égard des preuves et de leur appréciation. Mais elle vise principalement, en dispensant le juge de rendre compte des motifs de sa conviction, à proclamer de la façon la plus explicite la souveraineté de la conviction dont il est question.

118. — Le juge peut, par conséquent, se borner à déclarer quelle est sa conviction relativement à la preuve des faits incriminés, sans être astreint à en produire les causes déterminantes (240). Cette faculté du juge n'est évidemment pas sans importance considérable du point de vue pratique. Car il s'ensuit que les motifs de la conviction du juge et la manière dont elle s'est formée en sa conscience, échappent au contrôle même de la Cour de cassation. Ce qui a été du reste nettement exprimé par la Cour de cassation elle-même, déclarant notamment « que les juges du fond n'étant pas obligés d'exposer les raisonnements qui les conduisent à poser comme constant un fait qualifié par la loi pénale, il ne peut appartenir à la Cour de cassation d'apprécier ces raisonnements, ni de rechercher les éléments qui ont servi à former sur les faits la conviction des juges » (241).

119. — Il est cependant de toute importance de ne point se tromper sur la portée réelle et sur le sens exact de cette conséquence du système des preuves morales. Il convient à cet effet de bien souligner notamment que la souveraineté de la conviction ne dispense point le juge de motiver sa décision.

Nous verrons plus tard que l'obligation imposée au juge de motiver ses décisions constitue l'une des principales garanties posées par la loi en justice criminelle. Mais si nous disons que le système des preuves morales a pour conséquence de dispenser le juge de produire les motifs

(240) Cf. FAUSTIN HÉLIE, t. IV, p. 350 ; GARRAUD, t. I, p. 519. Ce dernier auteur déclare : « Il suffit donc au juge de s'exprimer ainsi : considérant qu'il résulte de l'instruction et des débats la preuve que le prévenu s'est rendu coupable de tel fait, lequel constitue tel délit. »

(241) Cass. 12 avril 1834, J. P., t. XXVI, p. 379.

de sa conviction et d'en rendre compte, cela ne veut pas du tout dire qu'en posant l'obligation de motiver les décisions judiciaires en question, le législateur n'ait pas respecté cette conséquence ou qu'il ait voulu y déroger pour une raison ou pour une autre.

C'est qu'il faut en effet distinguer deux notions : d'une part le fait de motiver la conviction tel que nous l'avons conçu, c'est-à-dire de donner les détails de l'appréciation que le juge a pu faire des preuves, de préciser la part d'influence que chacune d'elles a pu exercer sur sa conscience et d'analyser ainsi en quelque sorte la manière dont sa conviction est arrivée à se former ; d'autre part, le fait de motiver les décisions judiciaires, jugements ou arrêts, tel qu'il est imposé par la loi, comme nous le constaterons plus loin.

Motiver les décisions judiciaires consiste, en thèse générale, à constater l'existence du fait incriminé, ainsi qu'à qualifier ce fait par rapport à la loi applicable en l'espèce (242). Il ne s'agit donc pas là d'énoncer ou d'analyser les motifs de la conviction. Certes, nous verrons que l'obligation de motiver la décision judiciaire implique que le juge, en constatant les circonstances qui caractérisent le fait incriminé, doit rendre compte des éléments de preuve qui lui ont permis de faire ces constatations et d'affirmer sa conviction sur l'existence du fait et la culpabilité du prévenu. Mais ces éléments de preuve ne sont point les *motifs* de la conviction. Ce sont les *éléments* ou les sources dans lesquels le juge a puisé cette conviction, mais ils n'expliquent pas l'appréciation qu'il a pu en faire, ni ses raisonnements pour se convaincre, en un

(242) Cf. GARRAUD, t. I, p. 518.

mot la manière dont s'est formée sa conviction. Ces éléments sont du reste parfaitement contrôlables ; car, à la différence des motifs de la conviction, qui sont d'ordre psychologique, ils relèvent d'un domaine matériel tangible (242 *bis*).

L'obligation de motiver les décisions judiciaires ne contredit donc pas l'idée de la souveraineté de la conviction du juge. Ainsi, le juge peut très bien, comme il en a le droit par l'effet même du système des preuves morales, se contenter de déclarer simplement que telle est sa conviction sans en donner les motifs, et rester pourtant tenu de motiver sa décision sur la solution du procès.

Si subtile ou si originale que puisse paraître la distinction que nous venons d'établir, il ne nous semble pas cependant malaisé d'en trouver les germes dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Nous citerons notamment l'arrêt que nous avons précédemment invoqué, et dans lequel la Cour reconnaît qu'il ne lui appartient pas de contrôler les raisonnements qui sont à la base de la conviction du juge (243). Car, si la Cour reconnaît ainsi à celui-ci la faculté de ne pas rendre compte des motifs de sa conviction, elle ne peut pas entendre le dispenser de l'obligation de motiver sa décision, ce qui est formellement exigé par la loi. Ceci revient à dire que, dans la doctrine de la Cour de cassation, il s'agit en réalité de deux notions bien distinctes (244).

(242 *bis*) Cf. *supra*, n° 81.

(243) Cass. 12 avril 1834, J. P., t. XXVI, p. 379. Cf. *supra*, n° 118.

(244) Cf. également Cass. 22 mai 1812, J. P., t. X, p. 416 ; 28 oct. 1814, J. P., t. XII, p. 440.

Dans le premier de ces arrêts la Cour déclare notamment que « les cours et les tribunaux jugeant correctionnellement... ont à prononcer sur les faits et sur l'application de la loi ; qu'ils ne peuvent remplir ces obligations et celle de motiver leur arrêt, qu'autant qu'après avoir

Il faut donc conclure que le fait de dispenser le juge de motiver ses décisions, ne serait pas une conséquence du système des preuves morales. L'obligation que la loi lui impose à cet effet n'est pas incompatible avec les conséquences du système tant qu'elle ne se confond pas avec l'idée d'une obligation de motiver la conviction elle-même.

120. — Il faut en conclure également, qu'ainsi précisée, la souveraineté de la conviction du juge devient une conséquence d'application générale à toutes les juridictions criminelles, de même que le principe des preuves morales. Elle s'applique de la sorte aux juges correctionnels et de simple police, aussi bien qu'aux magistrats de la Cour d'assises et aux jurés. Tous sont donc en droit de déclarer leur conviction sans en exposer les motifs.

Signalons seulement, à ce propos, que l'obligation de motiver les décisions judiciaires n'est pas aussi générale. Car si elle s'applique d'une façon absolue aux juridictions correctionnelles et de simple police, elle souffre, en Cour d'assises, de sérieuses restrictions, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

121. — Une dernière remarque s'impose. Si, en effet, il ne semble plus douteux que le principe des preuves morales dispense le juge de rendre compte des motifs de sa conviction, il ne faudrait pourtant pas en conclure que ce système puisse le livrer ainsi à l'arbitraire, ou le jury à l'omnipotence.

déclaré leur conviction, relativement à la preuve des faits qui ont été l'objet de la poursuite du ministère public, ils font, au résultat ainsi déclaré de la conviction, le rapprochement et l'application des dispositions pénales ».

C'est qu'il ne faut pas oublier que le système de la preuve de conviction est celui qui fait honneur à la conscience du juge. Si donc sa conviction échappe, comme nous l'avons constaté, au contrôle de la Cour de cassation, elle reste cependant soumise au contrôle de sa conscience même. Le législateur a du reste pris ses précautions à l'effet de prévenir les égarements possibles. C'est de ces précautions ou garanties légales que nous devons nous occuper maintenant.

CHAPITRE IV

Garanties légales contre l'excès de pouvoir du juge en matière de preuve.

122. — En dépit des réserves philosophiques et juridiques qui délimitent la portée réelle et le sens exact du principe de la preuve de conviction et posent de la sorte autant de limites au pouvoir du juge par rapport à la preuve, ce principe n'en confère pas moins à celui-ci une immense liberté lui permettant, comme nous venons de le voir, de recourir librement, afin de puiser sa conviction, à tous les moyens de preuve admis par l'ensemble de la législation, sans lui poser aucun critérium d'appréciation quant à leur valeur.

Cette liberté conduirait inévitablement à l'arbitraire si le législateur s'abstenait de toute intervention dans ce domaine. Aussi l'organisation procédurale offre-t-elle un ensemble de garanties contre l'excès de pouvoir éventuel du juge à cet égard, en posant des règles légales qui réglementent la recherche et l'administration des preuves.

L'obligation de motiver les décisions judiciaires et le contrôle de cette obligation par la Cour de cassation viennent, d'autre part, sanctionner et garantir l'observation par le juge des règles légales en question, ainsi que les limites mêmes qu'implique une saine compréhension du principe de la preuve de conviction.

Ainsi la loi organise deux ordres de garanties :

1^o La réglementation légale de la recherche et de l'administration des preuves ;

2^o Le contrôle de la Cour de cassation sur l'obligation de motiver les décisions judiciaires.

SECTION I. — RÉGLEMENTATION LÉGALE DE LA RECHERCHE ET DE L'ADMINISTRATION DES PREUVES.

§ 1. — *Règles légales de la recherche et de la production des preuves en général.*

123. — Réglementation légale des procédés de recherche des preuves. La loi n'a pas prévu limitativement tous les procédés d'investigation auxquels le juge peut recourir ; restrictions apportées à la liberté du juge à cet égard.

124. — Réglementation légale de la production des preuves.

Exemples : la preuve testimoniale — la formalité du serment et la règle de l'oralité des dépositions ; les incapacités et les incompatibilités de témoignage — l'expertise : l'exclusion de certains experts et la formalité du serment.

125. — Valeur pratique de cette garantie : son inefficacité devant la Cour d'assises.

§ 2. — *Règles régissant l'administration des preuves dans l'instruction définitive en particulier.*

126. — Les trois caractères de l'instruction définitive : la publicité, l'oralité, la contradiction.

A. — *Le principe de l'oralité.*

127. — Double sens de l'oralité : le sens de l'*immédiateté* de la preuve.

128. — Garantie qu'offre l'oralité dans ce dernier sens. Dérogation qu'apporte la jurisprudence à cette garantie en matière de police simple et correctionnelle et pendant les débats de l'appel. Portée plus absolue de l'oralité devant la Cour d'assises.

129. — Importance de la garantie offerte par l'oralité et critique de la jurisprudence tendant à y déroger. Condition que pose la jurisprudence cependant à l'effet d'atténuer cette dérogation.

B. — *Le principe de contradiction.*

130. — Sens de la contradiction et garantie qu'elle offre quant à restreindre le pouvoir du juge.

131. — Conséquences que la jurisprudence a tirées de la règle de contradiction : l'impossibilité pour le juge de fonder sa conviction sur des connaissances personnelles ou sur la notoriété publique.
132. — La jurisprudence entend établir un contrôle par les parties sur l'appréciation du juge.
133. — Le caractère non contradictoire de l'expertise fait exception à la règle de contradiction. Le mouvement d'idées actuel en faveur de l'expertise contradictoire.
134. — Remarque finale : le contrôle de la Cour de cassation sanctionne toutes les précédentes garanties.
-

§ 1. — *Règles légales de la recherche et de la production des preuves en général.*

Si, en principe, la loi n'impose pas au juge les moyens de preuve dans lesquels il devrait puiser sa conviction, et si elle ne détermine pas à l'avance la valeur de ces diverses preuves, elle a pourtant posé une certaine limite à son activité dans ce domaine en soumettant à des règles légales la recherche et la production des preuves.

123. — Ainsi, le Code d'instruction criminelle a prévu certains procédés légaux de recherche et de constatation des preuves. Et il s'est occupé en même temps de les soumettre à certaines règles ou de les entourer de certaines formes ayant pour but d'assurer quelques garanties à cet effet. Tels sont le transport sur les lieux, les perquisitions, les saisies, l'audition des témoins, l'interrogatoire de l'inculpé et l'expertise. En recourant à ces procédés, le juge doit donc se conformer à toutes les prescriptions légales prévues pour chacun d'eux respectivement.

Il convient de remarquer cependant que la loi n'a pas de la sorte prévu et réglementé limitativement tous les procédés d'investigation auxquels le juge peut recourir.

Le Code d'instruction criminelle n'a en effet envisagé que les procédés les plus usuels.

Quoi qu'il en soit, du reste, on constate que certains des procédés prévus par la loi, telle l'expertise par exemple, supportent une extension considérable, de sorte qu'ils peuvent englober d'innombrables moyens d'investigation. Il faut par suite admettre que, malgré la réglementation légale des procédés de recherche des preuves, le juge demeure libre de recourir à tous les procédés pouvant servir dans cette recherche, mais qui ne seraient pas prévus expressément par la loi.

Cette dernière constatation comporte cependant une restriction qui ne fait aucun doute. Le juge ne saurait en effet recourir à des procédés prohibés par la loi. Ainsi la torture, que le législateur de la Révolution avait abolie définitivement, ne saurait lui servir de procédé tendant à obtenir un aveu ou un témoignage.

Par ailleurs, dans l'état actuel du droit français, une autre réserve semble limiter sérieusement la liberté du juge à cet égard. Des considérations de *décence* peuvent en effet s'opposer à ce qu'il recoure à certains procédés d'investigation. Ainsi, il a été jugé que le recours à l'hypnotisme, ou encore l'imitation au téléphone de la voix d'un tiers, sont des procédés incorrects (245).

Sous le système de la preuve par l'intime conviction, cette dernière réserve est vraisemblablement efficace, car elle met un certain frein à la séduction parfois funeste que certains procédés d'investigation pourraient exercer sur la conscience du juge.

Il faut reconnaître cependant qu'il s'agit là d'une ré-

(245) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 1223.

serve qui manque énormément de précision, et qui offre ainsi le double inconvénient d'être tantôt trop élastique, tantôt trop peu énergique. Ceci d'autant plus que les progrès scientifiques modernes, dans le domaine de la preuve indiciale et de l'expertise notamment, ont mis en pratique de nombreux procédés destinés précisément à rechercher et à constater les preuves. La question peut se poser alors constamment de savoir si des considérations de décence s'opposent ou non à l'emploi de tel ou tel procédé, qui serait parfois d'une utilité indéniable, parfois encore trompeur et générateur d'erreur.

La question est de la plus haute importance. Nous nous contentons ici de l'évoquer simplement en attendant d'y revenir plus loin. Cependant, nous ne manquerons pas de remarquer, dès maintenant, qu'une pareille réserve est manifestement incompatible avec le but que poursuit le principe de la preuve de conviction. Ce but étant en effet de laisser au juge une entière liberté pour découvrir la vérité certaine, de simples considérations de *décence* ne devraient donc pas à cet égard constituer un obstacle. La garantie contre l'influence séductrice éventuelle de certains procédés d'investigation devrait être organisée autrement qu'en les excluant, alors qu'ils pourraient être de la plus grande utilité dans la manifestation de la vérité recherchée.

124. — En ce qui concerne la production des preuves, la loi est également intervenue soit pour poser les conditions d'admission, soit pour réglementer les modalités d'administration des principaux moyens de preuve.

L'étude de toutes les conditions d'admission des preuves et des règles de leur administration nous entraînerait

trop loin et nous ferait même sortir du cadre originel de cet ouvrage. Aussi nous contenterons-nous à cet égard de citer quelques exemples frappants.

La réglementation de la preuve testimoniale nous offre dans ce domaine le plus caractéristique exemple. Sans attacher une valeur déterminée à la preuve qui résulte du témoignage, la loi soumet simplement cette preuve à une double garantie principale tendant à en assurer la sincérité : d'une part, la prestation du serment, et d'autre part, la règle de l'oralité des dépositions (art. 317 C. Instr. crim.).

Nous verrons plus loin que l'oralité constitue une garantie générale qui domine l'administration de toutes les preuves dans les débats.

Quant à la formalité du serment, il y a lieu de remarquer que la loi a établi une catégorie de témoins dits incapables, en distinguant ceux qui déposent sous la foi du serment de ceux qui ne fournissent que de simples renseignements. Nous avons déjà vu que cette distinction n'a en réalité aucune portée pratique à l'effet de restreindre la libre appréciation du juge sous l'empire du système de la preuve morale. Elle n'en constitue pas moins une précaution qui ne manquera pas d'attirer l'attention du juge sur la valeur de l'une ou de l'autre catégorie de dépositions.

Par la création de quelques exclusions et de certaines incompatibilités de témoignage, la loi a pris une plus sérieuse précaution dont l'effet est d'écarter complètement la déposition de certains individus dans des cas particuliers. Dans ces cas précis, le juge n'aura pas même la possibilité de les entendre à titre de simples renseignements.

Les exclusions prévues par les art. 34 alinéa 3 et 42 alinéa 7 du Code pénal, ainsi que la formalité du serment, constituent également, vis-à-vis des experts, des garanties de la même nature que celles que nous venons de citer à l'égard des témoins (246).

125. — On pourrait ainsi multiplier les exemples sur la réglementation légale des conditions d'admission et d'administration des preuves.

Ce qu'il importait surtout de remarquer, c'est que le but principal de cette réglementation est d'assurer la sincérité des éléments de preuve. Elle ne vise point par conséquent, pas plus d'ailleurs que la réglementation des procédés de recherche des preuves, à restreindre la libre appréciation du juge. Elle n'en constitue pas moins, comme nous l'avons déjà remarqué, une garantie contre l'abus que pourrait faire le juge de cette liberté.

Nous constaterons seulement que cette garantie, qui joue le plus souvent à l'occasion de la production des preuves pendant l'instruction définitive, peut n'avoir aucun effet devant la Cour d'assises, par l'effet du pouvoir discrétionnaire que la loi accorde, comme nous le savons, au Président de cette juridiction (art. 268 et 269 C. Instr. crim.). En vertu de ce pouvoir, le Président de la Cour d'assises peut en effet déroger à toutes les règles ordinaires posées par la loi relativement à l'administration des preuves (247).

(246) La liberté du juge dans le choix des experts est également limitée par les dispositions des lois du 30 novembre 1892, du 26 juillet 1935 et du 26 mai 1941 relatives à l'exercice de la médecine et de l'art dentaire, fixant les conditions requises pour remplir les fonctions de médecins experts.

(247) GARRAUD, t. I, n° 265, p. 524.

Il ressort donc de tout ce qui précède que la réglementation de la recherche et de la production des preuves offre bien, contre un excès de pouvoir éventuel du juge, certaines garanties, mais qu'elles sont, du point de vue pratique, ou bien peu sérieuses, ou même parfois inefficaces.

Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit des garanties que l'organisation procédurale offre plus particulièrement dans l'instruction définitive du procès et qui ont précisément pour but d'établir un premier contrôle de l'intime conviction du juge.

§ 2. — *Règles régissant l'administration des preuves dans l'instruction définitive en particulier.*

126. — Les caractères mêmes de la procédure dans la phase du jugement offrent de sérieuses garanties contre les conséquences du principe de la preuve de conviction quant à la liberté du juge. Selon les principes accusatoires, l'instruction définitive est en effet publique, orale et contradictoire.

La publicité de l'instruction définitive est expressément prescrite à peine de nullité pour toutes les juridictions du jugement (art. 153, 190 et 309 C. Instr. crim.). Elle résulte essentiellement du libre accès du public aux audiences. Elle assure ainsi un contrôle de l'instruction et de la discussion des preuves dans les débats. Il faut y voir cependant plutôt une garantie d'ordre général des droits de la défense, de l'indépendance et de l'impartialité du juge, garantie qui ne touche que très indirectement au pouvoir du juge en matière de preuves.

L'oralité et la contradiction ont au contraire un effet

plus direct à cet égard. En même temps que garanties générales du droit de la défense et de la sincérité des décisions judiciaires, elles mettent un frein utile au pouvoir du juge dans la recherche de la vérité, en fixant des limites au domaine de son appréciation. Aussi convient-il de les examiner séparément d'un peu plus près.

A. — *Le principe de l'oralité.*

127. — Le principe de l'oralité de l'instruction devant les juridictions du jugement comporte un double sens. Dans le sens restreint du mot il signifie naturellement la forme même dans laquelle les parties sont entendues. Mais il signifie encore, dans un sens plus large, le fait que tout le corps de preuve soit produit, non par l'intermédiaire du dossier d'une instruction préalable, mais directement devant le juge appelé à statuer sur la culpabilité. C'est ce qu'on appelle volontiers *l'immédiateté* de la preuve (248).

L'oralité dans ce dernier sens s'applique à toutes les preuves. Ainsi, les témoins entendus à l'instruction préparatoire doivent déposer à nouveau devant le juge de la culpabilité. L'expert doit de même y venir faire oralement son rapport. Enfin, les pièces à conviction et les objets saisis doivent être mis sous les yeux du juge lui-même.

128. — Le principe de l'oralité ainsi entendu a pour conséquence de ne permettre au juge de puiser sa conviction que dans les preuves administrées devant lui directement et sans intermédiaire, c'est-à-dire sur ce qu'il entend et voit à l'audience. La liberté du juge se trouve

(248) *Ibid.*, t. II, n° 419.

évidemment, de ce fait, largement restreinte. Car il s'ensuit qu'en dépit de sa liberté de recourir à tous les moyens de preuve, le juge ne pourra pas se décider uniquement sur des pièces écrites du dossier de police ou d'instruction préparatoire.

C'est d'ailleurs dans ce sens qu'il a été jugé que le tribunal ne pouvait point baser une condamnation uniquement sur un aveu consigné dans l'instruction écrite, mais non renouvelé à l'audience. « Attendu, déclare la Cour de cassation, qu'il n'est point établi que l'aveu de ce prévenu, consigné dans l'interrogatoire qu'il a subi devant le juge d'instruction, ait été présenté et réitéré au cours des débats, soit devant le tribunal, soit devant la Cour ; que cet élément de preuve échappait à l'examen et à l'appréciation de la Cour et que l'arrêt, dès lors, n'avait point à s'en occuper (249). »

Malheureusement, la garantie qu'offre ainsi la règle de l'oralité subit une grave atteinte devant les juridictions correctionnelles et de simple police. Ici en effet, la jurisprudence admet la possibilité de donner lecture des pièces écrites du dossier de police ou d'instruction préparatoire. Ainsi, le juge peut, par exemple, donner lecture des dépositions ou des procès-verbaux, quand les rédacteurs de ceux-ci, ou les témoins, ne se présentent pas à l'audience. Ceci est parfaitement compréhensible lorsqu'il existe une impossibilité absolue d'entendre le témoin à l'audience. La jurisprudence reconnaît pourtant au juge, d'une façon générale, la faculté de puiser les éléments de sa conviction dans les documents de l'instruction préparatoire (250).

(249) Cass., 6 janv. 1853, B. n° 4.

(250) De nombreux arrêts affirment cette faculté pour le juge. Voy.

La jurisprudence a toléré cette faculté en partant de l'idée que les juges correctionnels et de simple police, étant libres de recourir pour former leur conviction à d'autres moyens de preuve que ceux énoncés dans l'art. 153 du code d'instruction criminelle, peuvent par conséquent faire entrer dans les éléments de cette conviction les documents qu'un procès-verbal a recueillis.

Par ailleurs, tout en affirmant la règle de l'oralité du débat devant les juridictions correctionnelles et de simple police, la Cour de cassation estime cependant que cette règle n'y est pas absolue, et que sa violation — même celle qui consisterait à faire lire les dépositions écrites des témoins avant de les entendre oralement — n'a pas devant ces juridictions les mêmes inconvénients que si elle se produisait devant la Cour d'assises (251).

En matière de police simple et correctionnelle, la règle de l'oralité subit encore une autre dérogation pendant les débats d'appel où les juges statuent ordinairement après lecture de notes sommaires tenues par le greffier de première instance. S'appuyant sur les termes très généraux des art. 175, 190 et 211 du Code d'instruction criminelle, une jurisprudence — depuis longtemps arrêtée — accorde volontiers aux tribunaux d'appel la faculté d'exclure des

les références dans LE POITTEVIN, *op. cit.*, art. 153, n° 149, et art. 189, n°s 16 à 18. En matière de simple police cela ne se conçoit que dans des cas très rares où, contre le vœu de la loi, il y aurait eu, en fait, une instruction préparatoire pour de simples contraventions.

(251) Cass. 18 juillet 1884, S. 85.1.326. Cela s'explique probablement par le fait que les magistrats de profession, dont l'esprit peut bien être frappé par le témoignage écrit précédant le témoignage oral, savent pourtant suspendre leur impression et ajourner leur appréciation définitive (GARRAUD, t. II, p. 122).

débats l'audition personnelle des témoins entendus en première instance (252).

Cette seconde dérogation est pourtant moins grave que la précédente ; car la lecture, en Cour d'appel, des notes d'audience présumées représentant une reproduction aussi fidèle que possible des débats de première instance, suffit, dans une certaine mesure, à tenir lieu d'instruction orale.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que la jurisprudence a gravement détruit cette garantie de l'oralité du débat devant les juridictions correctionnelles et de simple police ; ce qui semble lui avoir été facilité par le fait que cette règle n'y est édictée par aucun texte général.

En Cour d'assises, le débat est au contraire essentiellement oral (253). L'oralité y est expressément proclamée par l'art. 317 du Code d'instruction criminelle et prescrite à peine de nullité. « Les témoins déposent oralement » ; ainsi s'exprime l'art. 317.

Cependant, la jurisprudence admet la faculté pour le Président des assises, agissant en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d'ordonner la lecture, à titre de renseignements, de la déposition faite à l'instruction préparatoire par le témoin absent (254). Elle semble même admettre

(252) GARRAUD, *ibid.*, pp. 35 et suiv.

(253) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 1377. Cf. également LE POITTEVIN, *op. cit.*, art. 317, n°s 214, 216 et suiv., et Cass. 29 juin 1928, S. 29.1.394.

(254) Voy. les références aux nombreux arrêts dans ce sens, dans Dalloz, Code d'Instr. crim. annoté, art. 317, n°s 763 à 781. Cf. également GARRAUD, t. II, pp. 116 et suiv.

Mais là s'arrêtent les prérogatives du Président des assises en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Il ne peut pas par conséquent, et sous peine de nullité, ordonner la lecture de la déposition écrite d'un témoin présent à l'audience, à moins que ce ne soit après la déposition *orale* de celui-ci et pour la contrôler conformément à l'art. 318 C. Instr. crim. (GARRAUD, *ibid.*, pp. 120 et 121.)

cette prérogative dans une large mesure, c'est-à-dire chaque fois que le témoin ne comparaît pas, pour quelque motif que ce soit, et non point seulement dans les cas de stricte impossibilité, comme celui de décès par exemple (255).

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que par cette tolérance, soit en Cour d'assises, soit devant les juridictions de simple police ou correctionnelles, la jurisprudence a gravement diminué la valeur de la garantie que pouvait offrir la règle de l'oralité strictement appliquée.

129. — Il n'est pas inutile d'avoir ainsi insisté sur le principe de l'oralité du débat. Remarquons en effet que cette garantie est substantielle et par suite indispensable sous l'empire du système de la preuve de conviction. Car non seulement elle pose, comme nous l'avons remarqué, une limite à l'immense liberté du juge en matière de preuves, mais encore elle lui assure les meilleures conditions pour former son intime conviction, en lui soumettant directement et sans intermédiaire les éléments mêmes de cette conviction, dans leur source originale et immédiate.

Aussi a-t-on depuis longtemps combattu et avec raison la précédente jurisprudence tendant à admettre, de plus en plus largement d'ailleurs, la faculté d'ordonner la lecture des dépositions écrites des témoins.

Afin d'illustrer davantage l'importance de la garantie en question, ainsi que la gravité de l'atteinte que lui a portée

(255) Il y a lieu de noter d'autre part que la règle de l'oralité souffre en Cour d'assises une autre dérogation au cas de contumace. Dans ce cas l'arrêt intervient en effet sur la procédure écrite (art. 470 C. instr. crim.). Remarquons cependant que cette dérogation ne présente pas de sérieux inconvénients, étant donné le caractère conditionnel et provisoire de l'arrêt rendu contre le contumax (art. 476 C. Instr. crim.).

la jurisprudence, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire ici la polémique très instructive de M. Faustin Hélie contre cette jurisprudence : « Les dépositions écrites, dit-il, n'offrent point les garanties des dépositions orales. Elles ont été recueillies pour servir d'élément à l'accusation et non au jugement, elles sont rédigées par le juge, souvent par un greffier inintelligent, et non pas par le témoin lui-même ; elles expriment la substance et le sens de la déclaration, mais non ses paroles et son texte ; enfin, elles sont reçues dans le cabinet du juge, sans débats, sans contradiction, sans publicité. Comment être assuré que ce sont là les expressions du témoin ? Le procès-verbal peut-il rapporter ses hésitations, ses longues réticences, les suggestions employées pour obtenir sa déclaration ? Peut-il peindre son trouble, son accent, son émotion ? Il ne peut donner qu'une analyse sèche et rapide de sa déposition ; si elle est incomplète ou ambiguë, où chercherai-je un complément ? Et puis, cette déposition fût-elle nette et précise, qui peut savoir si le témoin l'eût soutenue au milieu des débats, s'il n'eût point hésité en face du ministère public ou de l'accusé, si, troublé par la majesté de l'audience, il eût persévéré dans une déclaration peut-être irréfléchie ? Enfin, la fausse déposition faite devant le juge d'instruction n'a pas de sanction, n'est frappée d'aucune peine : ce n'est que lorsqu'elle est répétée dans les débats qu'elle peut encourir les peines du faux témoignage ; elle ne renferme donc pas les mêmes gages de sincérité (256). »

Notons enfin, cependant, que la jurisprudence, se rendant peut-être à ces considérations, pose une condition

(256) *Revue de légis. et de jurispr.*, 1843, t. XVII, pp. 368 et 369.

qui a pour effet d'atténuer, dans une mesure appréciable, la précédente dérogation au principe de l'oralité. Elle exige en effet que la lecture de la déposition écrite ait lieu à l'audience et qu'elle soit soumise à la discussion des parties (257). Ce qui revient à dire que, si la jurisprudence renonce quelquefois au caractère de *l'immédiateté* de la preuve, elle tient au contraire absolument à la règle de l'oralité du débat dans le sens strict et restreint du mot.

Mais la véritable garantie, que laisse entrevoir cette même exigence de la jurisprudence, réside en réalité dans le caractère contradictoire du débat, qui permet à toutes les parties en cause de discuter librement les éléments de preuve.

B. — *Le principe de contradiction.*

130. — Le principe de la contradiction des débats implique principalement la présence des parties — ou dans certaines conditions leur droit de se faire représenter — à toutes les opérations de l'instruction définitive.

Ce principe tend essentiellement à sauvegarder le droit de la défense, en permettant aux parties intéressées la libre discussion des preuves. Aussi implique-t-il, en outre, l'obligation pour le juge, et ce à peine de nullité, de ne se prononcer que d'après les résultats du débat contradictoire, c'est-à-dire d'après les éléments que les parties en cause auront pu critiquer et discuter librement.

Ainsi, on se trouve en présence d'un véritable contrôle exercé par les parties sur les éléments dans lesquels le juge puise sa conviction. C'est là que réside l'une des

(257) LE POITTEVIN, art. 153, n° 151, et art. 189, n° 18.

garanties les plus appréciables contre un excès de pouvoir éventuel du juge en matière de preuves. Car il s'ensuit que si le juge est libre de recourir à tous les moyens de preuve utiles à la manifestation de la vérité ainsi que de les apprécier en toute liberté, il ne peut pourtant exercer cette double liberté que dans la limite des éléments de preuve recueillis et débattus contradictoirement à l'audience.

131. — La jurisprudence a tiré de ce principe plusieurs conséquences qu'elle a eu soin de préciser et de confirmer d'une façon constante :

La première de ces conséquences consiste à défendre au juge de fonder sa conviction sur des investigations ou des connaissances personnelles. Nous savons que l'expérience du juge, ou sa connaissance personnelle des faits du procès, constitue l'un des moyens de preuve reconnus par la législation française. Mais la connaissance personnelle du juge ne peut servir de moyen de preuve dans lequel il puisse parfaitement, comme dans les autres preuves, puiser sa conviction, que lorsqu'il l'a acquise au cours de ses fonctions en tant que juge. Comprise dans ce sens, la connaissance personnelle ne doit donc pas se confondre avec celle que le juge peut acquérir en dehors de ses fonctions. C'est en effet cette dernière connaissance qu'il est défendu au juge de prendre comme base de sa conviction et de sa décision.

Cette défense faite au juge repose à la vérité sur une des vieilles règles fondamentales dominant la procédure, bien qu'aucun texte positif ne la consacre d'une façon expresse ou directe. Elle tient originellement à l'incompatibilité entre la qualité de juge et de témoin. Mais elle est également une conséquence naturelle du principe de

la contradiction du débat. Le juge, ne pouvant en effet baser sa conviction que sur les résultats du débat contradictoire, ne pourrait compter, parmi les éléments de cette conviction, sa connaissance personnelle qui n'est au fond que son propre témoignage qu'il n'a pu soumettre à la discussion et au contrôle des parties.

C'est dans ce sens que la jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de confirmer cette garantie remarquable contre un excès de pouvoir du juge. D'une façon générale, elle en fait application chaque fois qu'il s'agit d'investigations personnelles ou de renseignements particuliers, que le juge aura recueillis en dehors de l'instruction faite à l'audience ou d'un transport sur les lieux régulièrement ordonné (258).

Il faut ajouter que la connaissance personnelle du juge acquise dans l'exercice de ses fonctions par une visite des lieux, et qui peut lui servir d'élément de conviction, n'est pas moins soumise à la garantie de la contradiction. La jurisprudence a en effet étendu à la visite des lieux dans l'instruction définitive l'art. 41 du Code de procédure civile qui exige la présence des parties (259).

(258) Cf. les références dans LE POITTEVIN, art. 153, n^{os} 88, 89 et 92 ; et DALLOZ, art. 154, n^o 37. Cf. également GARRAUD, t. I, pp. 568 et 569. L'auteur remarque avec justesse que cette garantie, qui consiste à défendre au juge de se décider d'après ses connaissances personnelles, ne saurait suffire, car il est au-dessus des forces et de la volonté du juge de faire abstraction de ses propres souvenirs. Aussi indique-t-il au juge la récusation comme moyen plus sûr à l'effet de se conformer à l'obligation de ne puiser sa conviction que dans des sources légalement produites et examinées. Cette voie, dit-il, est du reste prévue par la loi elle-même à plusieurs reprises (art. 257, C. instr. crim. ; art. 1, loi du 8 déc. 1897 ; et art. 392 C. Instr. crim.) dans le but de sauvegarder les parties toute contre impression puisée par le juge en dehors des débats.

(259) Cf. DONNEDIEU DE VABRES, n^o 1219, p. 721 et note.

C'est également en vertu du même principe de contradiction que la jurisprudence défend au juge d'étayer sa conviction sur la notoriété publique (260). D'autres conséquences encore en ont été tirées par la jurisprudence (261).

132. — On peut dire d'une façon générale que toutes ces conséquences se rapportent en réalité à deux idées essentielles : borner, d'une part, l'appréciation du juge aux seuls éléments de preuve administrés en présence des parties ; nécessité, d'autre part, de verser aux débats et de livrer ainsi à la libre discussion des parties, toutes pièces ou tous documents sur lesquels s'appuie la prévention ou la défense (262).

La jurisprudence entend ainsi, non seulement assurer la sauvegarde du droit de la défense, mais encore établir un contrôle sérieux, par toutes les parties au procès, sur l'appréciation du juge dans sa recherche de la vérité. Elle s'est même montrée parfois très scrupuleuse dans l'application de cette garantie. Ainsi, elle ne permet pas au juge de s'appuyer sur des renseignements acquis en dehors des débats, lors même que d'autres éléments de preuve recueillis à l'audience, et légalement administrés, se trouveraient à la base de sa décision. Ceci parce qu'il n'est pas possible de déterminer exactement

(260) Cf. DALLOZ, C. Instr. crim. annoté, art. 154, n^{os} 32 et 33.

(261) Cf. LE POITTEVIN, art. 153, n^{os} 88 à 98 et art. 189, n^{os} 3 à 12.

(262) Il est par suite permis au juge de tirer des moyens de preuve même de l'instruction d'une autre affaire, tant que ces deux idées peuvent être respectées, c'est-à-dire sous la condition que les moyens en question soient produits en audience et discutés au cours des débats de l'affaire même qu'il s'agit de juger. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence a affirmé à maintes reprises. Cf. LE POITTEVIN, art. 153, n^{os} 94 à 96.

la part d'influence que ces divers motifs ont eue sur la décision finale (263). Cette exigence de la jurisprudence ne peut qu'être très estimée, étant donné la nature même de l'idée de conviction dont on ne saurait vraisemblablement contrôler les motifs, comme nous le savons d'ailleurs.

Il faut donc convenir que le principe de contradiction, tel que l'a précisé et développé la jurisprudence, offre l'une des plus heureuses garanties dans l'application de la preuve par l'intime conviction du juge. Et ceci d'autant plus que cette garantie ne souffre guère d'exceptions.

La contradiction manque, certes, au cas où la procédure doit avoir lieu par défaut ou par contumace. Mais la décision rendue dans ces conditions n'a pas un caractère définitif (264).

133. — Il est certain d'autre part que l'expertise n'a pas en matière criminelle, sauf dans des cas exceptionnels, un caractère contradictoire. L'expert procède en effet seul à ses opérations, sans avoir à mettre les parties en demeure d'y assister afin de le contrôler. Ceci constitue évidemment une certaine dérogation au principe de la contradiction. Car, s'il est vrai que les parties peuvent exercer leur contrôle à l'audience en discutant librement les conclusions de l'expert, elles restent pourtant

(263) Cass. 17 juin 1876, *B. crim.*, n° 137. Cf. dans le même sens Cass. 15 juillet 1910, B. n° 376 ; 3 juin 1899, B. n° 144.

(264) Notons que les dispositions du décret-loi du 8 août 1935 qui sont venues modifier et compléter les art. 149, 186 et 188 du Code d'instruction criminelle, en prévoyant des cas où le prévenu, même absent, doit ou peut être jugé contradictoirement, ont été dictées par la volonté de prévenir des abus consistant dans la multiplication et la longueur des procédures par défaut. Elles sont du reste fort raisonnables et ménagent sensiblement le droit de la défense.

privées de cet avantage relativement aux opérations mêmes qui ont donné lieu à ces conclusions. Et cela contrairement au principe de la contradiction qui implique la soumission, pendant l'instruction définitive, de tous les éléments de preuve, dans leur source aussi bien que dans leur production, à la discussion contradictoire des parties.

Aussi est-il à souhaiter que le législateur intervienne, du moins afin de généraliser l'expertise contradictoire qu'il a déjà introduite en ce qui concerne certaines matières spéciales. Un mouvement d'idées tend actuellement vers cette généralisation, à l'exemple de plusieurs législations étrangères (265). La jurisprudence pourrait également participer à ce mouvement et cela lui serait d'autant plus aisé que l'expertise n'a été réglementée en matière criminelle que d'une façon très laconique. Dans ce même but elle pourrait d'autre part arguer en étendant l'application des règles posées à cet effet par le Code de procédure civile (art. 305 et suiv.).

* * *

134. — Une dernière remarque doit mettre fin aux précédents développements sur la réglementation légale de la recherche et de l'administration des preuves. C'est que la violation des règles essentielles de l'instruction préparatoire ou définitive donne lieu à un pourvoi en cassation (266), permettant à la Cour suprême de contrôler la régularité de la procédure en général. Or, toutes les prescriptions légales relatives à la recherche et à l'administration des preuves constituent, en réalité, des règles sub-

(265) Cf. à ce sujet DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 1222 et notes ; et premier supplément en 1940, pp. 58 et 59.

(266) *Ibid.*, Traité, p. 867.

stantielles de la procédure, et dont l'omission ou la violation donnerait également lieu à cassation. Ainsi se trouvent utilement sanctionnées, par le contrôle de la Cour de cassation, toutes les garanties que nous venons d'exposer.

Le contrôle de la Cour de cassation peut également s'exercer en examinant les motifs du jugement ou de l'arrêt. Ce dernier contrôle — de l'obligation incombant aux juges de motiver leurs décisions — constitue un deuxième ordre de garanties qui mérite une étude particulière que nous allons aborder immédiatement.

SECTION II. — LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION SUR L'OBLIGATION DE MOTIVER LES DÉCISIONS JUDICIAIRES.

- 135. — L'obligation de motiver les décisions judiciaires ne contredit pas les conséquences du principe de la preuve de conviction. En quoi consiste la motivation d'une décision.
 - 136. — Comment, en contrôlant l'obligation de motiver, la Cour de cassation parvient à contrôler les limites du pouvoir du juge relativement aux preuves : la vérification de l'existence de la preuve.
 - 137. — La garantie résultant du contrôle de la Cour de cassation fait pratiquement défaut en Cour d'assises. Garantie qu'offre la participation des magistrats de la Cour d'assises à la décision sur le point de fait (loi du 25 novembre 1941).
 - 138. — Constatation terminale : la portée du principe de la preuve de conviction est pratiquement plus limitée vis-à-vis des juridictions correctionnelles et de simple police qu'à l'égard de la Cour d'assises.
-

135. — En vertu des art. 163 et 195 du Code d'instruction criminelle, ainsi que de l'art. 7 de la loi organique du 20 avril 1810, le juge est tenu, à peine de nullité, de motiver sa décision. D'une façon générale cette obligation offre aux justiciables la garantie la plus élémentaire et la plus cer-

taine de la sincérité et de la justice des jugements. Elle nous offre encore plus particulièrement le moyen de contrôler les limites du pouvoir du juge, dans sa recherche de la vérité, en vertu du principe de la preuve morale.

A cet égard, aucune confusion ne devrait cependant exister. L'obligation de motiver les décisions ne touche en effet nullement aux pouvoirs mêmes que le principe de la preuve de conviction accorde, par sa nature, au juge. Elle ne limite notamment en rien la double liberté que possède celui-ci par rapport aux preuves ; et la Cour de cassation ne saurait par suite critiquer l'appréciation qu'il a pu en faire.

C'est ce que signifie du reste l'idée de la souveraineté de la conviction que nous avons précédemment mise en relief. Nous avons insisté, en effet, sur la nécessité de distinguer le fait pour le juge de motiver sa conviction et l'obligation de motiver les décisions judiciaires. Cette dernière obligation ne signifie pas, avons-nous dit, que le juge doive rendre compte des motifs ou des raisonnements qui ont déterminé sa conviction. La non-obligation de motiver la conviction — ou souveraineté de la conviction du juge — est une conséquence du principe de la preuve morale, et l'obligation pour celui-ci de motiver sa décision ne touche point à cette conséquence.

Pour motiver sa décision, le juge doit donner les motifs répondant à la fois à la double question de fait et de droit sur laquelle se prononce tout jugement répressif (267). Le juge doit par suite énoncer, en fait, toutes les circonstances qui caractérisent l'infraction, et indiquer les éléments de preuve dans lesquels il a puisé sa convic-

(267) FAUSTIN HÉLIE, t. VI, p. 684, et GARRAUD, t. I, p. 518.

tion de l'existence du fait et de la culpabilité du prévenu. Il doit d'autre part qualifier, en droit, les faits et les circonstances, ainsi constatés, par rapport à la loi qu'il applique.

136. — Le défaut, l'insuffisance ou l'obscurité des motifs constituent une violation de l'obligation légale de motiver, c'est-à-dire une violation de la loi permettant à la Cour suprême de casser le jugement ou l'arrêt. Et c'est ainsi que la Cour de cassation parvient à contrôler les limites du pouvoir du juge relativement à la preuve.

Elle peut et elle doit vérifier, en premier lieu, l'existence de la preuve. C'est là une limite élémentaire que le principe même de la preuve morale ne saurait méconnaître. Le juge doit en effet baser sa conviction sur des preuves judiciaires. Donc, le fait de se borner à affirmer l'existence du fait et la culpabilité du prévenu, sans indiquer les éléments de preuve qui lui ont permis de faire ces constatations, constituerait un défaut de motifs sanctionné par la nullité (268).

Les motifs de la décision permettent d'autre part à la Cour de cassation de contrôler si le juge a bien puisé sa conviction dans des éléments de preuve reconnus par l'ensemble de la législation.

Nous avons signalé également, comme limitant l'idée de la preuve de conviction, la nécessité pour le juge de recourir à un travail de raisonnement et de se conformer aux règles et principes de la logique. Cette limite semble de prime abord échapper au contrôle de la Cour suprême. D'après nos précédentes affirmations, en effet, les apprè-

(268) Cass. 23 sept. 1880, S. 81.1.144; 8 août 1890, *B. crim.*, n° 174.

ciations et les raisonnements du juge ne sauraient être critiqués. Celui-ci est même dispensé, afin d'assurer la souveraineté de sa conviction, de rendre compte de ces appréciations ou raisonnements.

Il ne s'ensuit pas cependant que le juge puisse impunément aller à l'encontre de la logique dans ses raisonnements ou recourir à l'arbitraire dans son appréciation des preuves. Sans prétendre forcer le juge à donner les détails de son appréciation, la Cour de cassation parvient en effet à contrôler tout abus à cet égard. Ainsi, elle impose au juge l'obligation de motiver spécialement la décision par laquelle il acquitte le prévenu nonobstant l'aveu de celui-ci constaté dans le jugement. Le juge qui, sans raison plausible, ne tient pas compte de l'aveu du prévenu va manifestement à l'encontre de la logique. On voit dans cet abus une sorte d'*excès de pouvoir* qu'il appartient à la Cour de cassation de contrôler, sans qu'il existe même une véritable violation de la loi.

Il ne faudrait pas toutefois songer pouvoir étendre l'application de cette idée de l'*excès de pouvoir*. Pareille extension serait en effet susceptible de permettre à la Cour de cassation de critiquer ouvertement l'appréciation du juge, réduisant ainsi à néant toute portée du principe de la preuve morale.

La Cour de cassation peut du reste parvenir à contrôler les abus possibles de cette appréciation en se retranchant simplement derrière son droit et son devoir de vérifier l'existence de la preuve. Ce qui peut s'appliquer tout d'abord à la précédente hypothèse. On peut l'appliquer ensuite au cas où le juge aura relaxé ou condamné un prévenu, contrairement aux conclusions d'une expertise contradictoire régulière à laquelle il aura été procédé en

vertu de la loi du 1^{er} août 1905 (269). On peut l'appliquer, enfin, chaque fois que le juge fonde sa conviction sur de simples indices.

Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation a parfois recouru à un argument plus subtil, quoique au fond elle ne fasse qu'appliquer la même idée du contrôle de l'existence de la preuve. Elle part de l'idée que, si le juge n'est pas tenu d'exposer ses raisonnements, il est du moins obligé d'affirmer sa conviction de la culpabilité du prévenu en cas de condamnation. Elle a en conséquence cassé, pour insuffisance de cette affirmation, un arrêt portant que, s'il n'y a aux débats aucun témoin *de visu*, il ne s'en dégage pas moins un ensemble de faits, que l'arrêt indique, constituant des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à faire naître la conviction que c'est l'inculpé qui a commis l'acte poursuivi (270).

Remarquons qu'en général, cette jurisprudence ne contredit guère les conséquences du principe de la preuve de conviction. Le juge demeure toujours entièrement libre de former sa conviction sans en détailler les raisonnements. Si la Cour de cassation arrive, nonobstant cette souveraineté de la conviction du juge, à contrôler les abus de son appréciation, ce résultat ne peut qu'être des plus heureux.

La Cour de cassation arrive donc en réalité, en examinant le point de savoir s'il résulte des motifs de la décision qu'une preuve a été fournie, à contrôler toutes les limites qu'implique l'idée même de la preuve de conviction quant au pouvoir du juge — même celle relative à la né-

(269) GARRAUD, t. I, n° 365, p. 656, et cf. *supra* n° 113 et note 230.

(270) Cass. 16 janv. 1886, *B. crim.* n° 20.

cessité pour celui-ci de ne pas aller à l'encontre de la raison et des règles de la logique. Aussi faut-il voir dans l'obligation de motiver les décisions judiciaires la plus précieuse garantie, sous l'empire du système des preuves morales, contre les abus éventuels de sa liberté par le juge.

137. Il convient de noter cependant que cette garantie, d'une application absolue aux juridictions correctionnelles et de simple police, est pratiquement exclue en Cour d'assises. Avant la réforme opérée par la loi du 25 novembre 1941, cette exclusion résultait en réalité de ce que devant cette juridiction la décision du point de fait était entièrement confiée au jury. Or, dans son verdict, le jury ne faisait qu'émettre des déclarations, en répondant par *oui* ou par *non* aux questions à lui posées, et sans en donner les motifs. Ce qui était du reste parfaitement compréhensible, du moment que par son verdict le jury ne faisait au fond que constater ou affirmer sa conviction relativement à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, et que, par l'effet même du principe de la preuve morale, il n'était pas tenu de motiver cette conviction. Lorsque, par conséquent, la Cour s'occupait d'élaborer son arrêt, elle ne pouvait y énoncer, relativement au point de fait, que la constatation de la conviction du jury qui s'imposait à elle, et dont elle se bornait, en droit, à tirer les conséquences légales. C'est ainsi qu'échappaient au contrôle de la Cour de cassation les éléments de preuve qui avaient pu déterminer la conviction du jury. La Cour suprême ne pouvait par suite prétendre vérifier *l'existence de la preuve*, qui était présumée assurée par la seule déclaration du jury, ni à plus forte raison contrôler si celui-ci s'était livré à un travail de raisonnement.

A l'heure actuelle, la garantie qu'offre le contrôle de la Cour de cassation fait toujours défaut en Cour d'assises du fait que la Cour et le jury, délibérant en commun sur le point de fait, continuent à se prononcer par voie de déclarations non motivées en répondant par *oui* ou par *non* (art. 346 nouveau).

Il n'est peut-être pas superflu d'ajouter qu'avant la loi du 25 novembre 1941, le défaut de cette importante garantie pouvait sembler n'avoir guère de graves inconvénients, d'autres garanties — celles notamment résultant du nombre et de la loi de la majorité, combinées avec le droit de l'accusé de récuser les jurés — venant en effet la remplacer. Et il était peut-être permis de supposer que le fait de remettre le sort de l'accusé à l'appréciation de douze de ses concitoyens — dont la sincérité était assurée par une liberté étendue de récusation — devait réduire au minimum le rôle du hasard dans leur constatation de la vérité. Car, bien que toute vérité basée sur l'appréciation humaine soit essentiellement relative, il n'en demeure pas moins qu'une impression identique, produite chez la majorité des membres d'un collège assez nombreux, porte à croire à l'existence d'un certain fondement objectif comme base de leur conviction, et rend par suite vraisemblable la conformité entre la vérité et l'essence du verdict rendu par cette majorité.

Il y a lieu d'avouer cependant que l'expérience ne permet guère d'accepter ce dernier raisonnement. Combien de fois, en effet, des verdicts, même rendus à l'unanimité, se sont révélés ensuite en flagrante contradiction avec la vérité criante ressortissant des preuves et des circonstances de la cause.

Il y a lieu par contre d'admirer, sous le rapport qui

nous occupe, le progrès réalisé par la réforme introduite par la loi du 25 novembre 1941. Même en réduisant considérablement les prétendues garanties qu'offrait l'institution du jury dans son ancienne organisation (270 *bis*), le législateur de 1941 n'en a pas moins institué, en faisant participer les magistrats de la Cour et son Président à la décision du point de fait, une appréciable garantie, susceptible désormais d'éviter des déclarations qui ne seraient basées que sur une vaine passion ou même sur un détestable caprice et non point sur une certitude raisonnée et une conviction intime.

138. — Après tout ce qui précède, il semble opportun de constater que, si aucune différence n'existe théoriquement entre la Cour d'assises et les autres juridictions répressives quant à la portée du principe de la preuve de conviction, il n'en reste pas moins vrai que, par l'effet du contrôle de l'obligation de motiver par la Cour de cassation, cette portée se trouve pratiquement plus limitée à l'égard de ces dernières.

CONCLUSION.

139. — En terminant ce chapitre, nous insistons sur cette affirmation que ni la réglementation légale de la recherche et de l'administration des preuves, ni, à plus forte raison, l'obligation de motiver les décisions judiciaires avec le contrôle de la Cour de cassation qu'elle implique, ne sauraient modifier le caractère moral du

(270 *bis*) Le nombre des jurés a été en effet réduit à six au lieu de douze (art. 309 nouveau), de même que le droit de les récuser a été considérablement limité (art. 400 et 401 nouveaux).

système des preuves. Il s'agit là en réalité de précautions qui, comme nous l'avons remarqué à plusieurs reprises, ne contredisent point les conséquences naturelles du principe de la preuve de conviction. Il convient en effet de rappeler à ce propos que la démarcation entre la preuve morale et la preuve légale réside essentiellement dans l'effet nécessaire que la loi attache aux preuves et non dans leur réglementation légale (271).

Les garanties précédentes doivent par suite être distinguées également des exceptions proprement dites que la loi apporte au principe de la preuve de conviction. Ces exceptions semblent en effet déroger ouvertement aux conséquences caractéristiques de ce principe, comme nous allons le voir au chapitre suivant.

(271) FAUSTIN HÉLIE, t. IV, p. 345. Cf. surtout VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, n° 723, où il est dit notamment : « Il ne faut pas confondre, à ce point de vue, la fixation de la force probante des moyens de preuve, qui constitue le système des preuves légales supprimé dans notre législation, avec la réglementation légale des conditions d'admission et de production des moyens de preuve, qui s'impose au juge pour éviter les abus et les surprises, pour sauvegarder les droits des parties ou d'autres droits également respectables, sans altérer le caractère et la portée du système de la preuve morale et, de l'intime conviction. »

CHAPITRE V

Les exceptions au principe de la preuve de conviction.

140. — Le principe de la preuve de conviction était formulé en des termes catégoriques qui paraissaient lui attribuer, en matière criminelle, une portée absolue ne pouvant souffrir la moindre dérogation.

Cela n'était exact pourtant que par rapport au jury auquel s'adressait l'instruction de l'art. 342 ancien, et qui, à moins d'être obligé de tenir compte d'une présomption légale, pouvait toujours, quelle que fût la preuve fournie, rendre librement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. A l'heure actuelle, sous l'empire de la loi du 25 novembre 1941, cette dernière affirmation demeure encore exacte à l'égard du jury et de la Cour, qui désormais délibèrent en commun sur le point de fait et se prononcent par vote, c'est-à-dire de la même façon que l'ancien jury.

Devant les autres juridictions, le principe de la preuve de conviction comporte au contraire — outre les présomptions légales ou de droit qui sont de véritables preuves légales — certaines exceptions particulières que la loi a prévues expressément.

Les caractéristiques de la preuve de conviction se résument, en effet, comme nous le savons, dans la double liberté laissée au juge dans l'admission et l'appréciation

des preuves. Or, parfois, bien que ce soit très rare, le juge ne peut pas déterminer sa conviction d'après n'importe quelle preuve, car la loi lui en a désigné spécialement quelques-unes, en dehors desquelles il ne saurait chercher sa conviction. Parfois encore, la loi s'est occupée de doter certaines preuves déterminées d'une force légale presque invincible devant, au cas où ces preuves seraient produites, emporter la décision du juge quelle que soit sa propre conviction morale. Il s'agit bien là de véritables preuves légales au sens propre du mot.

D'autre part, les nombreuses exceptions que reçoit la preuve morale en matière civile ont également, en principe, toujours chance de s'appliquer devant les juridictions répressives, chaque fois que ces juridictions sont appelées à statuer, d'une façon incidente, sur une question de droit civil.

Ces différentes dérogations peuvent être groupées sous quatre rubriques principales :

- 1^o Les présomptions légales ;
- 2^o La preuve par les procès-verbaux ;
- 3^o Les preuves admises contre le prévenu de complicité d'adultère ;
- 4^o L'application des preuves légales de l'ordre civil devant les juridictions répressives.

Nous les étudierons successivement dans quatre sections.

SECTION I. — LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES.

141. — En quoi les présomptions légales dérogent-elles au principe de la preuve par l'intime conviction ? Exemples.
142. — Dans quelle mesure la *politique* des présomptions légales les est-elle critiquable en matière criminelle ?
143. — Dans quelle mesure le système des preuves morales peut-il tolérer les présomptions légales ? Les présomptions nécessaires et rationnelles. — Supériorité, sous ce rapport, du droit moderne sur législations primitives et du moyen âge.
144. — La présomption légale qu'offre l'existence de certains procès-verbaux. — Renvoi.
-

141. — A la tête des dérogations au principe des preuves morales, il faut citer les présomptions légales qui sont par définition même des conséquences ou bien des déductions que la loi oblige le juge à dégager d'un fait à un autre. Rien ne déroge davantage en effet à l'idée de la preuve par la conviction intime du juge, puisque c'est la loi qui procède au raisonnement et établit par avance une certitude légale, ce qui est juste à l'opposé de la certitude morale consécutive au raisonnement du juge.

En présence de pareilles présomptions, le juge est réduit plus que jamais au rôle effacé qui le caractérise sous l'empire d'un système de preuves légales. Ce qui demeure vrai quel que soit le degré d'énergie que possède la présomption légale. Car, même au cas où elle admettrait la preuve contraire, il n'y aurait là en réalité qu'une faculté laissée aux parties intéressées, et non point au juge.

La loi pénale connaît de nombreuses présomptions légales (272). Mais nous visons ici plus particulièrement les

(272) Il n'est évidemment question ici que des présomptions propre-

présomptions légales constituant, pour ainsi dire, des dispenses de preuve au profit du ministère public, lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence du fait incriminé ou son imputabilité au prévenu, et qui ne laissent par suite au juge aucune liberté d'appréciation à cet égard.

Le Code pénal nous offre un exemple typique de ce genre de présomptions à l'art. 278. Ce texte conclut à l'existence d'un véritable délit de vol du simple fait qu'un mendiant ou un vagabond sera trouvé porteur d'un ou de plusieurs effets d'une valeur supérieure à 100 francs, sans pouvoir justifier de leur provenance.

On peut citer encore l'art. 61 du Code pénal qui établit une présomption de complicité contre celui qui, connaissant la conduite criminelle de malfaiteurs exerçant leurs violences à l'encontre de la paix publique, leur fournit habituellement lieu de réunion ou de retraite (272 *bis*).

142. — La *politique* des présomptions légales en général est critiquable, en droit criminel, à un double point de vue. D'une part, parce qu'elle déroge manifestement au principe de la preuve morale que nous reconnaissons

ment dites, c'est-à-dire qui sont fondées sur des probabilités plus ou moins grandes. Quant aux inductions qui sont fondées sur des lois naturelles et constantes, elles s'imposent par la nature même des choses. Pareilles inductions ne sont du reste, le plus généralement, pas considérées comme présomptions. Cf. BONNIER, n° 808, p. 656.

(272 *bis*) On peut également rapprocher de ces dispositions l'art. 4 de la loi du 22 octobre 1940 qui crée une présomption de mauvaise foi contre l'émetteur d'un chèque sans provision ou avec une provision inférieure au montant du chèque, qui n'a pas constitué ou complété la provision dans un délai de 5 jours à compter de la remise de la lettre recommandée avec accusé de réception à lui adressée à cet effet par le tiré ou par le bénéficiaire.

Sur le caractère de cette présomption légale, cf. DONNEDIEU DE VABRES, second supplément au Traité, n° 1240.

comme étant le système naturel des preuves dans le domaine criminel, ce qui est du reste positivement consacré par le législateur français. Elle s'oppose, d'autre part, au caractère même de la justice pénale qui ne doit pas frapper au hasard, mais en parfaite connaissance de cause (273). « Au civil, dit Mittermaier, on conçoit que le nœud gordien soit ainsi tranché, et dans une situation délicate, il vaut mieux peut-être prendre pour guide les analogies et l'expérience quotidienne de la vie, mais il n'en saurait être ainsi en procès criminel. La loi voulant ici la manifestation de la vérité absolue, n'a pas pu astreindre le juge à prendre pour base obligatoire, du moment qu'ils existent, tels ou tels faits souvent équivoques, auxquels d'ailleurs, en raison de la multiplicité infinie des incidents si complexes de la vie humaine, appliquer une mesure toujours fixe serait agir par voie d'arbitraire ; décider que ces faits préétablis prouveraient nécessairement l'existence du fait principal, c'eût été ériger en certitude des probabilités bien souvent trompeuses (274). »

Il convient de bien remarquer en effet que, quelle que soit la vraisemblance ou la constance de la déduction à laquelle conduit une présomption légale, il n'en reste pas moins vrai qu'une présomption n'est pas la certitude même, et qu'elle ne peut donner lieu au fond qu'à une probabilité plus ou moins grande des faits que le juge est obligé d'en déduire.

143. — Le mérite du système de la preuve par l'intime conviction du juge aurait donc été d'exclure complètement du domaine criminel les présomptions légales.

(273) BONNIER, n° 853.

(274) MITTERMAIER, p. 420.

Il est cependant certains cas où, pour pourvoir à certaines nécessités d'ordre public, le législateur n'a pu s'empêcher d'imposer au juge quelques présomptions légales.

Il est à remarquer par ailleurs, qu'en posant une présomption, la loi ne fait au fond que consacrer le produit de l'expérience et de l'observation répétée. Car les faits dont la loi déduit des présomptions ne sont en réalité, à l'origine, que des indices ou présomptions de fait qui, à force d'avoir pendant plus ou moins longtemps abouti aux mêmes déductions, se voient enfin consacrés par la loi. De sorte qu'il est presque toujours vraisemblable que, en présence des mêmes faits, le juge serait arrivé par sa propre conviction aux mêmes résultats que ceux enregistrés par la loi.

Dans cette mesure seulement, les présomptions légales peuvent être justifiées sous l'empire du système des preuves morales dont la conséquence naturelle est du moins de n'en tolérer que le minimum strictement indispensable.

A ce point de vue, nous ne manquerons pas de constater la supériorité bien marquée de notre droit moderne sur les législations primitives et sur celles du moyen âge où sévissaient les ordalies et le combat judiciaire, qui ne sont au fond que des présomptions légales fondées seulement sur la superstition ou la violence des mœurs, et non point sur les données de l'expérience et de l'observation.

Presque toutes les présomptions consacrées explicitement ou implicitement (275) par la loi pénale sont à la fois rationnelles et nécessaires. Elles ne portent ainsi que très légèrement atteinte au principe de la preuve morale.

(275) Sur la distinction entre les présomptions légales expresses et celles dites naturelles ou tacites, cf. GARRAUD, t. II, p. 261.

Aussi ne sont-elles pas considérées, le plus souvent, comme y apportant de véritables exceptions, malgré leur apparence manifestement dérogatoire.

144. — A la vérité, on pourrait considérer comme une application de la théorie des présomptions légales, le fait de doter certains procès-verbaux d'une force probante légale, et d'obliger le juge à conclure à l'existence du délit et de la culpabilité du prévenu, dès que de pareils actes sont produits au procès. Il est opportun cependant d'étudier à part ce genre de présomptions légales, à cause de leur importance et de leur caractère un peu particulier.

SECTION II. — LA PREUVE PAR LES PROCÈS-VERBAUX.

145. — Principe de droit commun auquel est soumise la preuve par les procès-verbaux en général ; sa double conséquence.
146. — Double dérogation qu'apporte le législateur à ce principe : infractions ne pouvant être prouvées autrement que par un procès-verbal. Procès-verbaux possédant une force légale plus ou moins invincible : les *témoins privilégiés*.
147. — Les deux catégories de procès-verbaux ayant force légale : procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux ; procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire. — Précisions sur la portée de la *preuve contraire*.
148. — Portée réelle de la dérogation apportée par les procès-verbaux ayant force légale au principe de la preuve de conviction : réserves à l'effet légal de ces actes.
149. — Dans quelle mesure se justifie le système des procès-verbaux ayant force légale, — la tendance à réintégrer les procès-verbaux dans le système général des preuves de conviction.
-

145. — Les procès-verbaux constituent, dans le domaine des écrits, un mode essentiel de preuve en matière crimi-

nelle. Mais, comme toutes les autres preuves, ils sont naturellement dominés par le principe de la preuve de conviction qui constitue le droit commun, et en subissent la double conséquence relativement à la liberté du juge.

Il s'ensuit, d'une part, que l'existence d'un procès-verbal constatant l'infraction n'est pas indispensable pour que le juge puisse former sa conviction, celui-ci pouvant à cet effet recourir à toute autre preuve. D'autre part, quand un procès-verbal existe, il ne jouit, quant à sa valeur probante, d'aucune situation privilégiée. Pas plus que tout autre écrit ou tout autre document produit dans le procès, il n'a d'autre force que celle que le juge lui attribue, selon sa libre appréciation et sa conviction intime (276).

146. — A cette double conséquence, le législateur a apporté dans les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle une double dérogation.

La première de ces dérogations est de peu d'importance à raison de son caractère très exceptionnel. Elle consiste en ce que certaines infractions ne peuvent être prouvées que par un procès-verbal régulier, aucune autre preuve ne pouvant y suppléer. Il en est ainsi pour ce qui concerne les infractions relatives à la garantie des matières d'or et d'argent (loi du 17 brumaire an VI), ainsi que celles relatives à la vérification des poids et mesures. Pour ces infractions, le procès-verbal est en réalité indispensable, non seulement pour la preuve, mais encore pour que la poursuite puisse être intentée. Le procès-verbal est ainsi la base même de l'action.

La seconde dérogation — qui est aussi la plus impor-

(276) Cf. *supra*, n° 112.

tante de toutes les exceptions du principe de la preuve de conviction — consiste à doter certains procès-verbaux d'une force légale plus ou moins invincible, abstraction faite de l'appréciation que le juge peut en faire dans sa propre conscience. C'est l'application, en matière criminelle, de l'idée de la preuve préconstituée du droit civil.

Dans ces procès-verbaux, il s'agit au fond d'une certaine catégorie de *témoins privilégiés* dont les dépositions se trouvent consignés dans des écrits devant remplir certaines formes légales. C'est en réalité un reste du système des preuves légales, où l'on voit la preuve testimoniale et la preuve littérale concourir conjointement pour ôter au juge sa liberté d'appréciation et lui imposer, dans certains cas particuliers, la conviction légale et forcée qui caractérise ce système.

147. — La loi a distingué, quant au degré de force légale qu'ils doivent produire sur la conviction du juge, deux catégories de procès-verbaux exceptionnels, suivant qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux ou simplement jusqu'à preuve contraire.

Les procès-verbaux de la première catégorie sont ceux dressés par les agents, préposés ou officiers expressément investis par la loi du droit d'être crus jusqu'à inscription de faux (art. 154, C. Instr. crim.). Il en est ainsi pour les agents des douanes en matière d'infractions douanières, pour les agents de l'administration des Eaux et Forêts en matière forestière et en matière de pêche fluviale (dans les conditions prévues par les art. 176 et 177 du code forestier, et 53 de la loi du 15 avril 1829). Rentrent également dans cette catégorie les procès-verbaux relatifs aux contraventions à l'art. 2 du décret-loi du 8 août 1935 sur

la loterie nationale. Tous ces procès-verbaux ont, sauf le recours à la procédure difficilement applicable de l'inscription de faux (art. 214 à 251 du C. de procédure civile), un effet absolu excluant toute liberté du juge dans leur appréciation ; de sorte qu'ils entraînent nécessairement sa conviction, alors même que leurs constatations lui paraîtraient mensongères.

La seconde catégorie, plus nombreuse, comprend en principe les procès-verbaux concernant les délits et les contraventions dont la constatation appartient à des officiers ou agents spécialement désignés par la loi pour les constater. On peut dire qu'en règle générale, tout procès-verbal dressé par un officier public, qui a reçu de la loi une délégation spéciale pour constater certaines infractions, fait foi jusqu'à preuve contraire (art. 154 C. Instr. crim.) (277). Les principales applications de cette règle de droit commun sont les procès-verbaux en matière de contributions indirectes et d'octrois (art. 24, loi de finances du 30 décembre 1903), ceux des gardes-champêtres ou des gendarmes constatant une contravention, ceux enfin des inspecteurs du travail constatant des infractions aux lois sur la réglementation du travail.

Ces procès-verbaux ont une force légale moins absolue que ceux de la précédente catégorie. Leur force légale peut en effet être combattue simplement par la preuve contraire. Ils n'en sont pourtant pas moins dérogatoires à la liberté du juge. Cette affirmation se manifeste à deux points de vue :

D'une part, si leur force légale est susceptible d'être combattue par la preuve contraire, il convient de remar-

(277) GARRAUD, t. II, p. 170.

quer que c'est une faculté que la loi accorde au prévenu et non au juge. Si donc le prévenu renonce à son droit de prouver le contraire, le juge reste tenu d'accorder au procès-verbal en question une foi absolue.

D'autre part, si le juge peut trouver, au travers du droit des prévenus de fournir la preuve contraire, un moyen de soumettre le procès-verbal à sa propre appréciation, cette faible liberté n'en demeure pas moins encore limitée du fait que la preuve contraire n'a pas été laissée à la discrétion du juge ou même des prévenus. En effet, elle ne doit pas se faire en dehors de certains moyens déterminés de preuve : la preuve littérale ou la preuve testimoniale (art. 154 C. Instr. crim.). L'appréciation du juge sur l'in vraisemblance ou la fausseté des assertions du procès-verbal devra donc être cantonnée, même dans ce cas, dans les limites d'une preuve écrite ou testimoniale que le prévenu devra encore fournir.

Par conséquent, le juge ne pourrait pas fonder une décision contraire aux constatations d'un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, sur les simples dénégations du prévenu, ni sur la notoriété publique ni sur des connaissances personnelles acquises en dehors du débat public et contradictoire. Cela va de soi, et résulte tout naturellement des garanties générales contre l'excès de pouvoir du juge, garanties que nous avons étudiées précédemment. Mais le juge ne pourrait pas non plus s'attacher à la preuve indiciale (278).

148. — Il faut cependant bien préciser la véritable por-

(278) Cette interprétation limitative de l'art. 154 est admise tant par la jurisprudence que par la doctrine. Cf. notamment Cass. crim., 13 juin 1902, S. 1906.1.366.

tée de l'exception que font au principe de la preuve de conviction les procès-verbaux en question. Pour que ces procès-verbaux de l'une ou l'autre catégorie puissent produire leur effet légal, il faut tout d'abord que soient remplies toutes les conditions requises par la loi quant au témoin verbalisant, et quant à l'acte même (279). Il faut, en d'autres termes, qu'il existe un procès-verbal régulier. Par suite, si le rédacteur de l'acte est entendu comme témoin ordinaire, à défaut de procès-verbal régulier, ses déclarations n'auront que la valeur d'un témoignage ordinaire, et seront soumises en conséquence à la libre appréciation du juge.

Par ailleurs, lorsque le procès-verbal est régulièrement dressé, il ne prouve légalement que les faits matériels relatifs à l'infraction que le rédacteur a personnellement constatée. C'est la règle adoptée depuis longtemps par la jurisprudence et qui se trouve consacrée par quelques textes légaux (280). L'effet légal du procès-verbal ne s'étend donc pas aux autres faits tels que violences ou injures qui ont pu être constatés en dehors de l'infraction spéciale qui fait l'objet principal de l'acte (281). Il ne s'étend pas non plus aux faits qui, bien que se rattachant à l'infraction faisant l'objet du procès-verbal, seraient des appréciations personnelles, inductions ou déductions, et non des *constatations* de l'agent verbalisateur (282).

(279) Sur les conditions de validité et les formalités des procès-verbaux, cf. GARRAUD, t. II, n^{os} 434 et suiv.

(280) Cf. notamment art. 176 C. forest. et l'art. 53 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale.

(281) Il s'agit là en effet de délits de droit commun à l'égard desquels le rédacteur du procès-verbal ne peut être qu'un témoin ordinaire.

(282) Une discussion s'était élevée à propos des aveux que le procès-verbal peut renfermer. Une partie de la doctrine soutenait que les

Notons enfin que, quel que soit l'effet légal attaché aux faits matériels constatés par un procès-verbal, il ne signifie pas que le juge perde complètement tout pouvoir d'appréciation à l'égard de cet acte. Le juge conserve en effet le pouvoir et le devoir de vérifier la régularité du procès-verbal (283). Il doit également examiner si les faits constatés contiennent les éléments légaux de l'infraction poursuivie, et apprécier l'existence des conditions de la culpabilité et sa mesure même.

149. — En dépit de toutes les réserves précédentes à l'effet légal des procès-verbaux, ce système n'en constitue pas moins une grave dérogation au principe de la preuve de conviction. Aussi l'a-t-on parfois combattu, en soulignant surtout qu'il a pour résultat de créer une catégorie de *témoins privilégiés* dont les déclarations sont investies d'une confiance légale exorbitante, alors qu'ils sont choisis, le plus souvent, parmi les agents ou les officiers subalternes de la police judiciaire (284).

Le système des procès-verbaux ayant force légale est cependant justifiable du point de vue pratique, étant donné surtout la nature des infractions qu'il vise. Il s'agit en effet de certaines infractions fugitives et qu'il serait difficile de prouver autrement que par les procès-verbaux. Ces infractions appellent d'ailleurs une répression toute

aveux, ne laissant pas de traces sensibles, ne pouvaient être considérés comme des faits matériels (FAUSTIN HÉLIE, t. III, n° 1450. et suiv.). La jurisprudence a cependant adopté la solution inverse. Cf. BONNIER, n° 598, et GARRAUD, t. II, n° 470, pp. 236 et 237.

(283) Au cas d'annulation du procès-verbal et à moins qu'il ne constitue le titre nécessaire de la poursuite, le juge retrouve toute sa liberté d'appréciation. GARRAUD, *ibid.*, p. 179.

(284) Cf. FAUSTIN HÉLIE, t. III, n° 1365.

particulière, d'autant qu'elles lèsent des intérêts publics généraux du plus haut intérêt.

Notons enfin qu'au point de vue pratique, la preuve légale, telle qu'elle est appliquée dans ce système de procès-verbaux, ne présente guère d'inconvénients. Les infractions dont il s'agit consistant surtout en des faits matériels, il y a peu de chance de commettre des erreurs dans leur constatation.

Quoi qu'il en soit, le législateur semble consacrer, dans une certaine mesure, une tendance à réintégrer les procès-verbaux dans le système général des preuves de conviction. Deux lois successives (30 déc. 1903 et 1^{er} mai 1905) ont en effet enlevé à certains procès-verbaux la force probante jusqu'à inscription de faux qu'ils avaient auparavant (285).

SECTION III. — LA PREUVE DE L'ADULTÈRE CONTRE LE PRÉVENU DE COMPLICITÉ.

150. — Les seules preuves admises contre le complice de la femme adultère : le flagrant délit et la preuve écrite. Les preuves exclues.
151. — Précisions sur la véritable portée de la dérogation qu'apporte la loi en cette matière au principe de la preuve de conviction : l'art. 338/2 C. pén. pose une *règle de preuve légale* ; ce que signifie le *flagrant délit* au sens de l'art. 338/2 C. pén. ; interprétation large, en jurisprudence, de la *preuve écrite* au sens de l'art. 338/2.
152. — Critique de cette exception au principe de la preuve de conviction : situation bizarre à laquelle elle pourrait conduire.

150. — La preuve de l'adultère n'offre, en thèse générale, aucune particularité. Ce délit peut par suite, comme

(285) Cf. GARRAUD, t. II, p. 147.

tout autre délit, être prouvé par tous les moyens de preuve qu'autorise le droit commun en matière criminelle. C'est la conséquence même du principe de la preuve par l'intime conviction du juge. Cette conséquence est rigoureusement absolue lorsqu'il s'agit de l'adultère de la femme ou du mari, la loi n'ayant en effet stipulé à leur égard aucune disposition particulière (286).

Il n'en est pas de même en ce qui concerne le complice de la femme adultère. Par une disposition exceptionnelle, l'art. 338 du Code pénal porte en effet dans le second alinéa : « Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. »

Ainsi, la dérogation au principe général de la preuve morale est évidente. Le législateur cherche manifestement à restreindre le droit du juge d'employer tous les moyens de preuve qui pourraient être utiles à la manifestation de la vérité. Il procède à cet effet par voie de détermination limitative des seules preuves admissibles. Il désigne ainsi précisément : le flagrant délit d'une part et la preuve écrite d'autre part. Sont par conséquent exclues, en principe, toutes les autres preuves, notamment la preuve testimoniale, l'aveu oral de l'accusé ainsi que la preuve circonstancielle ou par indices.

(286) Ce point est du reste certain aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Cf. à cet effet CHAUMONT et FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 6^e édit., t. IV, n° 1656 ; GARRAUD, *Traité de droit pénal*, 2^e édit., t. V, n° 1891, p. 163. Pour la jurisprudence, cf. Cass., 27 janv. et 7 décembre 1900, S. 1902.1.109 ; 5 janv. 1906. D. 1908.1.49 ; et plus récemment, 23 mai 1930, D. H. 1930, p. 177. Dans ces divers arrêts la jurisprudence admet la preuve de l'adultère de la femme ou du mari par les aveux des inculpés et même par les présomptions.

A la vérité, c'est surtout cette dernière preuve, la preuve indiciale, que le législateur a voulu écarter comme base de la conviction du juge. Cela ressort nettement de l'exposé des motifs concernant l'art. 338 alinéa 2 du Code pénal, qui dispose notamment : « Il importait de fixer la nature des preuves qui pourront être admises pour établir une complicité que la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des conjectures hasardées ou des rapprochements fortuits » (287).

Quoi qu'il en soit, les dispositions mêmes de l'art. 338 alinéa 2 ne permettent pas l'admission de toute preuve, même autre que la preuve par les indices. Le texte spécifie en effet, en termes catégoriques, le flagrant délit et la preuve écrite. Il faut par suite en conclure, qu'en principe, toute autre preuve est exclue. Cette exclusion est sanctionnée du reste par le droit de contrôle de la Cour de cassation. Le fait d'admettre d'autres preuves que celles autorisées par l'art. 338 alinéa 2 constituerait en effet une violation manifeste de la loi.

151. — Il importe cependant de bien préciser la véritable portée de la limitation apportée en cette matière à la liberté du juge.

En n'admettant, pour prouver l'adultère contre le prévenu de complicité, que certaines preuves déterminées, le législateur n'impose pas au juge une preuve légale proprement dite, devant entraîner une conviction légale et forcée. La loi n'a pas fixé en effet aux preuves qu'elle désigne une valeur probante déterminée qui devrait enchaîner

(287) Cf. note de M. Edmond VILLEY, sous Cass., 31 mai 1889, S. 91.I.425.

inévitablement la conscience du juge. Par les dispositions de l'art. 338, le législateur pose simplement en réalité *une règle de preuve légale* (288) qui, tout en limitant le cercle des preuves pouvant asseoir la conviction du juge, n'en laisse pas moins à celui-ci une pleine liberté pour former cette conviction dans la limite des preuves désignées. Il en résulte que le juge n'est pas tenu, pour former sa conviction, de réunir nécessairement ces deux sortes de preuve : flagrant délit et preuve écrite. L'une des deux suffit pour établir l'existence de la complicité (289). Il s'ensuit également que lorsque l'une ou l'autre preuve est produite, le juge demeure souverainement maître de les apprécier.

Cela signifie, en définitive, que le juge se prononce, même dans le cas du complice d'adultère, d'après une *conviction morale* et non d'après une *certitude légale*. Il n'est pas superflu d'insister ainsi sur ce point, car il en résulte que l'exception dont il est question dans l'art. 338 alinéa 2 du Code pénal est moins dérogatoire au système de la preuve morale qu'elle ne le paraît au premier abord.

D'autres considérations viennent encore atténuer sensiblement cette exception, même en tant qu'elle prétend restreindre le cercle dans lequel doit se former la conviction morale du juge.

Une première considération tient à la véritable portée qu'il faut attacher à la preuve par le *flagrant délit*. La doctrine et la jurisprudence sont en effet depuis longtemps d'accord pour reconnaître qu'il n'est pas nécessaire

(288) Sur la distinction entre *preuve légale* et *règle de preuve légale*, cf. *supra*, n° 8.

(289) Cass. 15 nov. 1872, D. 72.1.479.

de prendre le flagrant délit d'adultère dans le sens des art. 32, 41 et 49 du Code d'instruction criminelle. « Les art. 32 et 41 du Code d'Inst. crim. n'ont pour objet que d'accorder au ministère public le droit de procéder seul à l'instruction et de constater le flagrant délit ; la disposition de l'art. 41, relatif à la poursuite, au mode de procéder et à la compétence d'un magistrat, ne peut donc s'appliquer au mode de preuves, et il faut nécessairement distinguer le droit de poursuite, en cas de flagrant délit, de la preuve du flagrant délit (290) ».

Au sens de l'art. 338 alinéa 2 du Code pénal, il suffit donc simplement que la femme et son complice aient été surpris dans des circonstances telles qu'on ne puisse raisonnablement douter que le délit venait de se commettre. En ce sens, le flagrant délit ne serait que le fait même de l'adultère, vu au moment où il se commettait ou venait de se commettre. Or, la preuve de ce fait « n'est assujettie, dit la Cour de cassation, à aucune condition de fond ou de forme particulière », et le juge peut, par suite, la tirer suivant les règles du droit commun et le principe de l'intime conviction, de tous les moyens de preuve admis en matière criminelle (291).

(290) CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, n° 1655. Cf. également BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, t. V, n° 194 ; GARRAUD, *op. cit.*, t. V, n° 1891. Pour la jurisprudence, cf. Cass. 25 sept. 1847, D. 47.4.10 ; 27 févr. 1879, D. 79.1.481 ; 31 mai 1889, S. 91.1.425. Dans ce dernier arrêt la Cour de cassation déclare notamment : « Attendu, en droit, que dans le sens de l'art. 338 du C. pén., il n'est pas nécessaire, pour que le complice du délit d'adultère puisse être légalement condamné, que le flagrant délit ait été constaté dans les termes des art. 32, 41 et 49 du C. d'Instr. crim. » Cf. également tout récemment Cass. 10 décembre 1940, *Gaz. Pal.* 1941.1.34.

(291) La doctrine et la jurisprudence sont également d'accord sur ce point. Cf. BLANCHE, *op. cit.*, n° 195, et Cass. 6 mai 1853, D. 53.1.171 ;

Le flagrant délit d'adultère peut évidemment se prouver par un constat dressé par un officier de police judiciaire, conformément aux art. 32, 41 et 49 du Code d'instruction criminelle. Mais le juge est en droit, en outre, de le prouver en recourant à des témoignages; à des aveux ou même à des indices qui établiraient dans sa conscience que les prévenus ont été surpris dans une attitude qui ne pouvait laisser aucun doute sur le délit qui se commettait ou venait de se commettre.

Notons cependant que cette liberté du juge se trouve de nouveau limitée, dans une certaine mesure, par le droit qu'a la Cour suprême de contrôler l'appréciation de celui-ci, relativement au point de savoir si les faits par lui constatés ont ou non le caractère de flagrant délit (292).

Une seconde atténuation à l'exception de l'art. 338 résulte enfin de la large interprétation que la jurisprudence a donnée de la seconde preuve admise par ce texte : la preuve écrite. Cette preuve résulte, aux termes mêmes de l'art. 338 alinéa 2, de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. La loi tend en réalité, comme le démontre l'exposé des motifs, à s'assurer par ces écrits l'aveu tacite du prévenu (293).

Aussi, la jurisprudence est-elle arrivée, raisonnant *a fortiori*, à en conclure que l'aveu exprès du prévenu de complicité d'adultère, constaté soit dans un interrogatoire

27 avr. 1866, D. 66.1.409 ; 31 mai 1889, S. 91.1.425 ; Grenoble, 16 juillet 1909, D. 1910.2.303.

(292) Cass. 27 févr. 1879, S. 79.1.333 ; 31 mai 1889 précité.

(293) Dans l'exposé des motifs il est dit notamment : « Après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pourront admettre que celles qui résulteraient de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ; c'est dans ces lettres, en effet, que le séducteur dévoile sa passion et laisse échapper son secret. »

subi devant le juge d'instruction ou devant un officier de police judiciaire, soit à la gendarmerie, et consigné dans un procès-verbal, constitue bien la preuve écrite dont parle l'art. 338 (294). Suivant toujours le même argument, quelques tribunaux ont voulu aller même jusqu'à admettre l'aveu du prévenu devant le tribunal, aveu consigné aux notes d'audience (295). Cette tendance est du reste appuyée par la doctrine, bien qu'il soit difficile de ranger l'aveu judiciaire parmi les pièces écrites que vise l'art. 338 alinéa 2 (296).

Il nous faut donc conclure que la dérogation apportée par l'art. 338 alinéa 2 du Code pénal au principe de la preuve par l'intime conviction est beaucoup moins considérable qu'elle ne le paraît à la simple lecture du texte. Elle évoque la preuve légale dans ce sens plutôt qu'elle signifie un retour à l'archaïque préjugé qui, dans l'ancien droit, frappait de discrédit la preuve indiciale ou circonstancielle.

152. — Il y a lieu de noter enfin que si cette exception peut être justifiée par le souci d'éviter des poursuites téméraires, qui ne seraient fondées que sur des indices frivoles, il n'en demeure pas moins certain qu'elle a le grave inconvénient de conduire parfois à un étrange résul-

(294) Cass. 20 oct. 1900, D. 1900.1.283. Cf. également, Amiens, 4 mai 1876, S. 77.2.212 ; Alger, 10 juin 1877, S. 77.2.292.

(295) Rouen, 3 juillet 1896, S. 97.2.144.

(296) GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, t. II, n° 474 ; BONNIER, n° 366, p. 329.

La Cour de cassation semble cependant ne pas admettre cette interprétation extensive de l'art. 338 du Code pénal. Dans un arrêt du 7 déc. 1900 (S. 1901.1.252), elle déclare en effet notamment : « Attendu que l'art. 338 doit être entendu à la lettre ; que le jugement qui constate l'aveu fait à l'audience par le prévenu, ne constitue pas une pièce écrite par lui-même. »

tat. Cette exception étant en effet tout à fait personnelle, il peut arriver que l'adultère soit établi vis-à-vis de la femme sans l'être légalement vis-à-vis de son complice (297). Cette situation illustre l'une des conséquences les plus déplorables du principe des preuves légales : le juge peut être moralement convaincu de la culpabilité du prévenu et se voir pourtant tenu de le renvoyer de la fin de la plainte faute de la certitude légale exigée par la loi.

SECTION IV. — APPLICATION DES PREUVES LÉGALES DU DROIT CIVIL DEVANT LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES.

153. — Les preuves légales du droit civil.
154. — Deux principes qui assurent l'application des règles de preuve du droit civil devant les juridictions répressives. Conséquences de cette application.
155. — Précisions sur la véritable portée de cette dérogation au principe de la preuve de conviction : aucune dérogation du point de vue purement criminel ; toutes les preuves légales du droit civil ne sont pas admises devant les juridictions répressives ; atténuation résultant de l'interprétation large, en jurisprudence, de l'idée du commencement de preuve par écrit.
156. — Dans quelle mesure se justifie cette dérogation au principe de la preuve de conviction.
-

153. — Nous avons constaté précédemment, qu'en dépit de l'application générale du principe de la preuve de conviction en matière civile, la preuve légale s'y rencontre très fréquemment, et sous ses deux formes principales.

Ainsi, d'une part, la loi attribue à certains moyens de

(297) Cette situation bizarre a été pourtant admise par la jurisprudence. Voy. les références dans GARRAUD, *op. cit.*, t. I, note 2, p. 522 ; et cf. plus récemment Paris, 12 avril 1938, *Gaz. Pal.* 1938.2.199.

preuve une force probante nécessaire qui enchaîne la conviction du juge. Tel sont les présomptions légales (art. 1350 du Code civil), l'aveu judiciaire (art. 1356), le serment décisoire (art. 1361 et 1363) (298), ainsi que les actes écrits, authentiques ou sous seing privé (art. 1319, 1320, 1322, 1328 du Code civil).

La loi limite d'autre part la liberté du juge de recourir à toutes sortes de preuve, soit en excluant parfois certains moyens de preuve ou en ne les admettant qu'exceptionnellement et sous certaines conditions, soit au contraire en déterminant les preuves devant servir, dans certains cas, à l'établissement d'un fait. C'est ainsi par exemple que, dans le premier cas, les art. 1341 et 1353 du Code civil excluent la preuve testimoniale et les présomptions de fait, ou plutôt ne les admettent que sous certaines conditions ; que, dans le second cas, les art. 319 à 330 et 334 à 342 du même Code précisent les modes de preuve auxquels le juge doit recourir en matière de filiation.

154. — Ces règles légales de preuve du droit civil ont chance de s'appliquer, devant les juridictions répressives, chaque fois que ces juridictions se trouvent appelées à statuer incidemment sur une question de droit civil. Il arrive quelquefois en effet, qu'au cours du procès pénal se présentent des questions de droit civil portant sur l'un des éléments de l'infraction, et de la solution desquelles dépend naturellement la solution définitive du procès quant à l'existence du fait incriminé ou de la culpabilité du prévenu (299).

(298) Remarquons que la loi considère comme une présomption légale la force probante par elle attachée à l'aveu judiciaire et au serment décisoire (art. 1350 alinéa 4 du Code civil).

(299) Plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Cf. J. LOURD, *Les modes de preuve du droit civil devant les juridictions répressives*, p. 17.

Deux principes assurent alors l'application des règles de preuve du droit civil par le juge répressif. Le premier est ainsi formulé : *le juge de l'action est le juge de l'exception*. Ce qui signifie que, dans le domaine criminel qui nous occupe, le juge répressif sera compétent pour résoudre toutes les questions accessoires soulevées par l'action publique, et dont il ne connaîtrait pas si elles se présentaient à lui séparément (300). A part quelques dérogations (301), le juge répressif est par suite qualifié pour statuer sur des questions civiles incidentes.

C'est alors qu'intervient immédiatement le second principe qui fait dépendre le système des preuves de la nature des faits à prouver, plutôt que de la nature de la juridiction saisie (302). C'est en réalité un corollaire indispensable du premier principe. Car autrement, les fraudes et détours tendant à choisir la voie criminelle, afin de se

(300) Sur ce principe, cf. BONNIER, n° 225 ; GARRAUD, t. II, n° 594 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 655.

(301) La règle que *le juge de l'action est le juge de l'exception* souffre en effet quelques dérogations, où les questions incidentes — appelées alors plus particulièrement questions ou exceptions *préjudicielles* au jugement — doivent être portées devant la juridiction qui aurait dû en connaître *ratione materiae* si elles avaient été posées d'une façon principale. Cf. sur les questions ou exceptions préjudicielles : GARRAUD, t. II, n°s 595 et suiv. ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 655 *bis* et suiv. ; DONNEDIEU DE VABRES, n°s 1163 et suiv. ; BONNIER, n°s 226 et suiv.

(302) Ce principe a une portée plus générale. Il veut ainsi que, pour le jugement des questions incidentes, la juridiction saisie doive suivre toutes les règles de fond que la juridiction normalement compétente pour les juger devrait suivre si la question avait été portée devant elle d'une façon principale. Cf. VIDAL et MAGNOL, n° 655.

Le principe qui fait ainsi dépendre les règles de preuve de la nature des faits à prouver n'est pas admis par toutes les législations. Dans certains pays, ces règles dépendent plutôt de la nature de la juridiction saisie. Sur la question dans la législation comparée, cf. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité*, p. 718, note 3.

soustraire à la rigueur des preuves légales du droit civil, seraient évidemment à craindre. Aussi, ce principe a-t-il été, en même temps que le premier, formellement consacré par la jurisprudence (303).

Il s'ensuit que pour prouver des questions civiles incidentes, le juge répressif doit, en thèse générale, renoncer au principe habituel de la preuve par l'intime conviction, tant que le veulent les règles de preuve du droit civil. Il y a donc là une nouvelle circonstance où le juge répressif se trouve obligé d'appliquer de véritables règles de preuve légale.

Par application des principes précédents, lorsque, par exemple dans l'hypothèse la plus fréquente, l'infraction sera liée à l'existence d'un acte juridique — tel est le cas d'abus de confiance (art. 408 Code pénal) — la juridiction répressive ne pourra — afin de se décider sur l'existence, l'interprétation ou l'application de cet acte — admettre la preuve testimoniale, ou les présomptions de fait, que dans les conditions prévues par les art. 1341 et 1347 du Code

(303) Les deux principes en question se trouvent nettement rappelés et précisés dans une note connue sous le nom de *note secrète du Président Barris* (son rédacteur). Cette note fut le 12 nov. 1813 approuvée par l'unanimité de la Cour de cassation. Elle déclare notamment : « ... Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est, par là même, pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement... » Elle déclare encore : « Les règles de preuves fixées dans les art. 1341 et 1347 du Code civil ne sont pas, sans doute, attributives de juridiction en faveur des tribunaux civils, mais, par cela même, les tribunaux correctionnels sont tenus de les observer. Ces règles sont des principes généraux communs à toutes les juridictions... »

La note fait ensuite application des deux précédentes règles en cas de contrats dont l'examen est soulevé à l'occasion des délits prévus par l'art. 408 du Code pénal.

civil (304). Elle devra, d'autre part, tenir compte de la force probante que la loi civile attache habituellement aux actes authentiques ou sous seing privé, ainsi qu'aux présomptions légales (305). L'aveu judiciaire s'impose de même avec la force invincible que lui reconnaît l'art. 1356 alinéa 2 du Code civil. Il reprend également ici son caractère d'irrévocabilité et d'indivisibilité (306).

155. — Nous devons cependant ajouter quelques précisions, afin de mesurer la véritable portée de cette exception au principe de la preuve morale devant les juridictions répressives.

Il est à remarquer tout d'abord, qu'au point de vue purement criminel, il n'y a en réalité aucune dérogation au principe de la preuve morale. Car les preuves légales que nous venons de citer ne portent, devant le juge répressif, que sur des points étrangers aux questions relatives à l'existence du fait incriminé et à son imputabilité au prévenu, questions qui sont l'essence même de l'infraction à la loi pénale. Ainsi par exemple, au cas d'abus de confiance, l'infraction ne réside pas dans le contrat dont il s'agit de prouver l'existence par des preuves légales, mais bien dans la violation de ce contrat. Or, le juge répressif est admis à prouver cette violation par tous les moyens et selon son intime conviction (307). Certes, la question de

(304) Cette solution a été, outre la note du Président Barris, constamment affirmée par la jurisprudence postérieure. Parmi les arrêts les plus récents on peut citer : cass. 1^{er} juill. 1933, B. 147 ; 27 déc. 1934 D. H. 1935.53.

(305) Cf. GARRAUD, t. II, n° 492.

(306) *Ibid.*, pp. 247 et suiv. Cf. également LE POITTEVIN, art. 189, n°s 60 et suiv. et Cass. 28 juill. 1854, D. 54.5.66 ; 18 juill. 1891, D. 92.I. 172 ; 8 janv. 1926, B. crim. 5 ; 3 févr. 1934, B. 25.

(307) C'est du reste ainsi que s'exprime la note du Président Barris

l'existence du contrat rentre dans l'un des éléments constitutifs de l'infraction. Mais il n'y a là qu'une question tout à fait accessoire, de sorte que si le juge répressif devait surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle fût tranchée par une juridiction civile, il ne s'apercevrait point de cet incident et il aurait devant lui tous les éléments de l'infraction à résoudre selon son intime conviction qui ne supporterait plus alors la moindre atteinte.

Les règles de preuve légale du droit civil ne constituent donc, en réalité, une exception au principe de la preuve de conviction que dans la mesure où, reconnaissant l'application générale de ce principe au domaine civil, elles y apportent une dérogation. Cela est d'ailleurs d'autant plus exact que les preuves du droit civil ne sont applicables par rapport à la question incidente qu'autant que l'objet de cette question, le contrat par exemple, est tout à fait distinct du délit. De sorte que lorsque le délit réside dans le contrat même, tel est le cas par exemple d'un contrat constatant un prêt usuraire, tous les moyens de preuve sont alors admissibles afin de prouver l'existence des obligations renfermant les stipulations d'intérêts usuraires (308).

Quoi qu'il en soit, les règles de preuve légale du droit civil perdent d'autre part beaucoup de leur portée lors-

qui déclare notamment : « Les délits sont susceptibles, sans doute, de toutes espèces de preuves ; mais le délit n'est pas dans le contrat dont la violation est l'objet de la poursuite, il est dans cette violation... »

(308) Cf. Cass. 13 févr. 1880, D. 80.1.237 ; 18 août 1904, S. 1906.1.57 (note de M. Roux). Ce dernier arrêt déclare notamment : « Attendu que, si le juge de répression, appelé à statuer sur un fait civil préexistant au délit dont il est saisi, est tenu de se conformer aux règles de la loi civile, il n'en saurait être de même quand le fait et le délit s'identifient et se confondent. »

qu'elles sont appliquées devant les juridictions répressives, et cela pour répondre à plusieurs considérations.

Notons, en premier lieu, que toutes les preuves légales que renferme le Code civil et dont nous avons indiqué les principales au début de cette section, ne sont pas admises devant les juridictions répressives. Ainsi par exemple, en dépit de la règle qui veut que le juge répressif applique les preuves du droit civil aux questions civiles dont il a à connaître incidemment, la jurisprudence paraît s'en écarter en matière de filiation (309). Nous avons dit en effet qu'en cette matière, le Code civil pose une règle de preuve légale, en déterminant les preuves auxquelles doit recourir le juge (art. 319 à 330 et 334 à 342 du Code civil). Or, lorsqu'une question de filiation est soulevée devant les juridictions répressives (310), la jurisprudence tend au contraire à admettre la preuve par tous les moyens (311). La jurisprudence repousse d'autre part la preuve par le serment décisoire. Ainsi, on ne saurait déférer ce serment au prévenu (312).

(309) La note du Président Barris qui s'est occupée de préciser les exceptions préjudicielles devant être portées devant les juridictions civiles contrairement à la règle « le juge de l'action est le juge de l'exception » admet implicitement (§ 9) qu'il n'y a pas d'exception préjudicielle pour la filiation. Cette thèse a été d'ailleurs suivie par la jurisprudence postérieure. (Cf. J. LOURD, *op. cit.*, p. 59.)

(310) Le lien de parenté entre la victime et le prévenu constituant dans plusieurs infractions une circonstance aggravante (art. 312, 313, 332, 333, 334 du Code pénal) et parfois même un élément constitutif — comme c'est l'avis de la jurisprudence pour le crime de parricide — une question de filiation peut alors se poser à l'occasion de ces infractions.

(311) Sur les détails de la question, cf. J. LOURD, *op. cit.*, pp. 57 et suiv.

(312) La Cour de cassation a même rejeté le serment déferé à la partie civile par le prévenu, dans une poursuite en abus de confiance, sur l'existence d'une créance qu'il prétendait avoir contre elle et destinée à entrer en compte (Cass. 17 déc. 1921, D. 1923 I.178).

La dérogation qui résulte de l'application de l'art. 1341 du Code civil se trouve de même considérablement atténuée, du fait de l'interprétation très large que donne la jurisprudence à l'idée du *commencement de preuve par écrit* lorsqu'elle est appliquée devant les juridictions répressives. Elle parvient de la sorte, dans une large mesure, à favoriser l'admission de tous les moyens de preuve, notamment la preuve testimoniale et les présomptions de fait (313). La jurisprudence parvient également au même résultat par l'interprétation large qu'elle donne de l'art. 1348 C. civ. Ainsi, pour déroger, conformément à ce dernier texte, à la règle posée par l'art. 1341, elle dispense de la preuve écrite quand l'intéressé s'est trouvé dans l'impossibilité même *morale* de se procurer un écrit (313 *bis*).

Par ailleurs, la doctrine ne semble pas tout à fait unanime quant à l'admission de toutes les présomptions légales du droit civil devant les juridictions répressives. Ainsi, d'éminents auteurs préconisent, quoique avec une

(313) L'art. 1347 du Code civil apporte en effet une exception à l'application de l'art. 1341 en admettant la preuve testimoniale au cas où il existerait un commencement de preuve par écrit. Or, la jurisprudence se montre très large sur ce qui le constitue. Ainsi, par exemple, elle considère comme telles les réponses faites et signées par le prévenu dans un interrogatoire devant le juge d'instruction. Cf. VIDAL et MAGNOL, n° 655 et note. Cf. également, Cass. 10 avril 1930, B. 114 ; 6 août 1932, B. 202.

(313 *bis*) Dans un arrêt du 17 mars 1938 (D. 38.1.115), la Cour de cassation déclare que l'exception apportée par l'art. 1348 C. civ. à la règle posée par l'art. 1341 — lorsqu'il n'a pas été possible à l'intéressé de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui — « ne s'entend pas seulement de l'impossibilité physique, mais de toute impossibilité morale, et qu'à cet égard la loi a laissé aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation ». (Cf. la note de M. Pierre Mimin sous cet arrêt.) Cf. également dans le même sens Cass. Req., 27 juin 1938. *Gaz. Pal.* 1938.2.586 ; et, tout dernièrement, Paris, 18 avril 1940, *Gaz. Pal.* 15-26 sept. 1940.

extrême réserve, une distinction entre les présomptions défavorables et celles favorables au prévenu, pour n'admettre que ces dernières (314).

Il est donc permis de conclure en définitive que l'exception dérivant de l'application des règles de preuve légale du droit civil devant le juge répressif, aurait une portée moins étendue qu'elle ne paraissait avoir au premier abord.

156. — Cette dérogation au principe de la preuve de conviction se justifie du reste par tous les motifs qui se trouvent à la base de l'existence des preuves légales en matière civile d'une part, et de la règle qui étend l'application de ces preuves aux questions civiles incidentes devant les juridictions répressives d'autre part. En effet, des intérêts supérieurs ont déterminé le législateur à intervenir, en matière civile, pour poser des règles de preuve légale de toutes sortes ; ce qui se justifie d'autant mieux que la marche de la preuve dans ce domaine n'est pas la même qu'en matière criminelle. D'autre part, cette divergence dans les règles de preuve entre le civil et le criminel, rend indispensable — afin d'empêcher des fraudes et des abus — de transporter les preuves du droit civil devant les juridictions répressives, chaque fois que celles-ci ont à connaître d'une question civile incidente.

CONCLUSION.

157. — Une remarque complémentaire doit mettre fin à cet exposé des exceptions au principe de la preuve morale afin de préciser leur véritable domaine d'application.

(314) Cf. BONNIER, n° 859.

Il y a lieu en effet de souligner, comme nous l'avons déjà annoncé au début de ce chapitre, qu'à part les présomptions légales propres au droit criminel et qui sont susceptibles de s'imposer à toutes les juridictions répressives, les autres dérogations n'ont chance de s'appliquer normalement qu'aux juridictions correctionnelles et de simple police.

Cette constatation nous offre par suite une seconde occasion de dégager la portée plus étendue du principe de la preuve de conviction par rapport à la Cour d'assises (315).

Il ne faut pas toutefois s'exagérer la portée de cette différence entre les deux ordres de juridictions ; car, d'une part, les précédentes dérogations portent le plus souvent sur des questions qui ne sont pas de la compétence de la Cour d'assises ; d'autre part, quelle que soit l'importance de ces dérogations, elles ne sauraient altérer le principe même de la preuve morale qui régit au même titre toutes les juridictions répressives. Nous savons en effet que l'idée de la preuve par l'intime conviction ne saurait être absolue et que, pour des motifs d'ordre supérieur, elle est susceptible de souffrir des dérogations plus ou moins importantes, pourvu cependant qu'elles n'atteignent pas une importance telle qu'elles renverseraient le principe. Or, nous avons constaté à plusieurs reprises que les dérogations que nous venons de passer en revue sont moins péremptoires qu'elles ne le paraissent au premier abord. Nous avons constaté également qu'elles sont presque toutes justifiables dans une mesure appréciable.

(315) Cf. *supra* n° 138.

De sorte qu'on pourrait les compter plutôt parmi les garanties établies par la loi.

Il est à noter par ailleurs que, loin d'établir une distinction tranchée entre la Cour d'assises et les autres juridictions répressives, les exceptions en question ont au contraire le mérite de confirmer l'application générale du principe de la preuve de conviction à ces dernières juridictions, aussi bien qu'à la première.

Enfin nous n'estimons pas superflu d'avoir ainsi insisté sur l'examen des exceptions au principe de la preuve morale. Cet examen a contribué en effet, autant que l'étude du principe même, à dégager la véritable portée de ce principe.

CONCLUSION

VERS UNE THÉORIE SCIENTIFIQUE
DE LA PREUVE
EN MATIÈRE CRIMINELLE

CONCLUSION

Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle.

I. — *Dans quelle mesure la preuve par l'intime conviction du juge est-elle critiquable ?*

158. — Opportunité, pour juger la preuve de conviction, de distinguer le *principe* sur lequel elle repose, et le *système* dans lequel elle se présente.

159. — Le principe de la preuve par l'intime conviction ne saurait guère être sujet à critique. Attaques qu'on pourrait au contraire diriger contre les conditions dans lesquelles il joue : garanties qu'une bonne réglementation du système de la preuve de conviction devrait assurer au double point de vue des preuves et du juge.

160. — Appréciation générale du système des preuves de conviction en droit français.

II. — *Dans quel sens devrait se concevoir une nouvelle théorie scientifique de la preuve en matière criminelle.*

161. — Déséquilibre entre l'état actuel de la science criminelle et les conditions dans lesquelles fonctionne la preuve par l'intime conviction. Effet funeste de ce déséquilibre sur la certitude judiciaire.

162. — Nécessité d'adapter le système des preuves de conviction aux nouvelles conditions de la justice pénale : une théorie scientifique de la preuve doit correspondre à la phase scientifique de la justice criminelle.

163. — Ce que devrait signifier *une nouvelle théorie scientifique de la preuve*. Son principe de base : le recours à l'intime conviction du juge — son but : *objectiver* le juge ; les moyens pour obtenir cette objectivité : la spécialisation de la magistrature répressive et la soumission du jury, quant à la preuve, à la direction des magistrats professionnels, le système de l'échevinage introduit en France par la loi du 25 novembre 1941. — Inconvénient d'une intervention du législateur.

164. — Traits les plus caractéristiques de la nouvelle théorie : la preuve par la connaissance personnelle du juge comme *preuve de préférence*.

tion ; l'entière liberté du juge de recourir à tous les procédés d'investigation. — Une dernière précision sur le caractère *scientifique* de cette théorie.

165. — Remarques finales. — Justification des précédents développements. — Notre but ; nos appréhensions ; nos espérances.

I. — *Dans quelle mesure la preuve par l'intime conviction du juge est-elle critiquable ?*

158. — L'étude dont la présente conclusion marque la fin n'a eu pour but que de mettre en relief le principe, à la fois naturel et rationnel, du recours à la conscience du juge et à son intime conviction, en vue de constater la certitude qui doit être à la base des jugements.

A ce but les deux parties de l'ouvrage ont contribué dans une égale mesure. Car si la première a eu pour aboutissement de montrer la supériorité du principe en question par rapport aux autres systèmes en présence — supériorité qu'affirme d'ailleurs une faveur incontestée que lui accordent presque toutes les législations actuelles —, la seconde a permis — en prenant l'exemple du droit français qui fut le premier parmi les législations modernes à consacrer et à formuler explicitement le principe qui nous occupe — de dégager, du point de vue théorique, le sens réel qu'il faut donner à la *preuve par l'intime conviction* et, du point de vue pratique, le véritable aspect qu'offre ce principe en tant que système de preuves.

Nous nous hâtons seulement de souligner tout de suite que, lorsqu'au cours de cette étude nous avons constamment rendu hommage à la preuve par l'intime conviction du juge, nous nous adressions en réalité au principe même sur lequel repose ce système de preuves. Ce prin-

cipe réside, ce qui est à présent facile à deviner, dans la notion de la certitude morale du juge comme fondement de la justice, dans le recours à la seule conscience de celui-ci pour constater la vérité certaine, dans la liberté enfin qu'il lui faut laisser à l'égard des preuves pour se convaincre du vrai et du faux.

Ainsi, l'occasion nous est enfin offerte d'établir de façon explicite une distinction que nous avons, au cours de cet ouvrage, laissé simplement entrevoir sans la spécifier expressément, parce qu'elle manquait alors d'intérêt. Il s'agit en effet de distinguer, d'une part, le principe même de l'intime conviction du juge dont nous venons de rappeler les principales formules et, d'autre part, l'organisation ou la réglementation qui peut être échafaudée sur ce principe. C'est en réalité cette organisation qui, plus particulièrement, peut recevoir la dénomination générale de *système des preuves de conviction*.

Ainsi par exemple, nous avons vu que le droit anglo-américain adopte le principe de la preuve de conviction comme le droit français ou, plus généralement, comme le droit continental, mais que l'application n'en est pas tout à fait la même dans l'un et l'autre systèmes de législation.

C'est également ce que nous avons constaté quant à la réglementation différente du même principe au civil et au criminel en droit français. C'est d'ailleurs dans cet ordre d'idées que nous avons pu distinguer du système de la preuve de conviction ce que nous avons appelé volontiers le système *mixte* ; alors que les deux systèmes en question ont en réalité à la base le même principe de la preuve par l'intime conviction, comme nous le savons par ailleurs.

Cette distinction entre le *principe* et le *système* est à présent extrêmement profitable. Car elle nous permet, quand on vient attaquer la preuve par l'intime conviction ou lui adresser des reproches, de spécifier si c'est contre le principe même ou bien plutôt contre les conditions dans lesquelles il fonctionne ou est présenté qu'est dirigée la polémique des adversaires.

159. — Ceci dit, nous nous empressons de hasarder cette impression personnelle que, à moins d'une confusion ou d'une inconséquence, le principe qui veut que, pour acquérir la certitude d'une vérité, l'intéressé doive recourir à l'inspiration de sa conscience, autrement dit à son intime conviction, ne saurait être mis en doute, ni s'exposer à sombrer sous le poids du ridicule. Si parfois il semble donner prise à quelque attaque, on ne saurait pourtant le critiquer que dans la même mesure qu'on critiquerait un précepte naturel. Ainsi, on ne saurait nier le principe de la preuve de conviction parce qu'il n'est point tout à fait infaillible, de même qu'on ne pourrait nier la raison humaine sous prétexte qu'elle est imparfaite.

Nous avons du reste insisté sur la nécessité de repousser d'emblée toute cette catégorie d'attaques, la plus importante d'ailleurs, qu'on prendrait plaisir à diriger contre le principe de la preuve de conviction, alors qu'il ne s'agirait en l'occurrence que d'un flagrant malentendu sur la portée réelle de ce principe, ou d'une profonde incompréhension de son véritable sens philosophique et juridique.

Nous sommes, au contraire, placés sur un tout autre terrain lorsqu'il s'agit de juger le *système* de la preuve de conviction, tel qu'il se présente dans des conditions ou

dans une organisation déterminées. L'organisation, ou les conditions d'application qu'offre à cet égard telle ou telle législation, seront naturellement plus ou moins critiquables et discutables suivant qu'elles seront plus ou moins complètes et rationnelles.

Le principe de base consistant en définitive — lorsqu'on se place surtout au point de vue des preuves — dans la liberté du juge, toute organisation de ce principe doit logiquement tendre plus particulièrement à l'apport de garanties, voire de limites à cette liberté. Ainsi donc, un bon ou un mauvais système de preuves de conviction se mesure en fin de compte par la valeur des garanties qu'il assure vis-à-vis de la liberté du juge.

Le système des preuves supposant, par la nature même des choses, la mise en jeu de deux éléments indispensables : un juge et des preuves, les garanties en question doivent par suite être recherchées en se plaçant à un double point de vue.

Du point de vue des *preuves*, certaines mesures élémentaires doivent être prises au cours des trois étapes essentielles que les preuves traversent normalement au cours du procès pénal : la recherche, la production et la discussion. Et ceci afin d'assurer un minimum de garanties contre les abus éventuels que le juge serait susceptible de commettre à la faveur de sa très grande liberté. Nous avouons que les négligences ou les imperfections que le législateur pourrait commettre à cet égard donneraient lieu aux plus véhémentes attaques, que nous serions le premier à diriger contre le système de la preuve de conviction.

Du point de vue du *juge*, les garanties à assurer ne sont pas d'une moindre importance. C'est en effet un

principe bien connu que la valeur des lois se mesure en dernière analyse par la valeur de ceux qui sont chargés de les appliquer. Aussi, toutes les mesures que le législateur se serait ingénié à prendre à l'égard des preuves, resteraient inefficaces, tant que les juges mêmes ne se trouveraient pas posséder toutes les qualités que réclame leur haute mission et qui leur font mériter la liberté et la confiance que leur accorde le système des preuves morales.

La question du choix des juges se pose alors. Nous nous empressons de noter qu'au cours de cet ouvrage, nous avons presque constamment supposé la question résolue dans le sens le plus favorable. Et pourtant c'est précisément cette face du problème qui offre aux adversaires de la preuve de conviction une magnifique occasion de faire valoir les arguments de leur polémique. Ils s'attachent en effet le plus souvent à l'éventualité, pas toujours rarissime il est vrai, d'un juge incapable ou inexpérimenté (316). Ils s'attachent encore davantage aux coutumières défaillances des jurés (317). Mais ce sont à la vérité des attaques qui ne s'adressent nullement à la preuve de conviction. On y retrouve en effet l'habituel reproche qu'on fait en toutes conditions à un juge incapable ou manquant d'expérience, ainsi que les attaques qu'on a depuis longtemps coutume de diriger contre l'institution du jury tel qu'il fonctionnait en droit français avant la réforme opérée par la loi du 25 novembre 1941.

Il s'agit donc là de certaines conditions défavorables du système, et dans lesquelles le principe de la preuve de conviction est appelé à jouer dans toute législation qui

(316) Cf. MITTERMAIER, p. 93.

(317) Cf. Edmond LOCARD, *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, p. 262.

n'aura pas pris des mesures de nature à pallier à ces inconvénients.

Nous ne nous dissimulons point la portée de pareils reproches, et les graves dangers que de tels défauts risquent d'engendrer sous l'empire du principe de la liberté des preuves et de l'intime conviction du juge. Nous voudrions seulement souligner qu'une organisation rationnelle de ce dernier principe suppose deux questions résolues par avance : la question du choix des juges d'un côté et ce qu'on peut appeler la *question du jury* de l'autre. Nous faisons simplement allusion à ces deux questions, sans nous immiscer davantage dans leurs détails.

En dehors des garanties relatives aux preuves et au juge, il est à peine besoin d'insister sur une ultime garantie, non moins élémentaire, et qui se place lorsque le juge a rendu sa décision définitive. Nous visons par là le contrôle des arrêts et jugements par une Cour suprême. La plus faible dose de sagesse en effet suffira pour inciter le législateur à établir cette sanction primordiale. Par suite, il faut toujours supposer l'existence d'une pareille garantie. La question peut alors se poser simplement de connaître la portée du profit que la pratique judiciaire parvient à en tirer.

Telles sont donc, en raccourci, les garanties essentielles qu'un système de preuves de conviction peut réaliser ou manquer de réaliser, donnant ainsi lieu, selon l'hypothèse envisagée, à la critique ou à la louange.

160. — Si, afin de concrétiser un peu les considérations précédentes, nous prenions maintenant l'exemple du droit français, nous dirions que le système de la preuve par l'intime conviction y offre, dans son ensemble, une

réglementation procédurale donnant, dans une appréciable mesure, satisfaction aux trois principaux ordres de garanties que nous venons de résumer et que nous baptiserons volontiers de *classiques*.

Cette affirmation n'est pourtant tout à fait exacte qu'en ce qui concerne les juridictions correctionnelles et de simple police. C'est là en effet que les garanties instituées par la loi dans les phases de la recherche, de la production, de la discussion et du jugement des preuves — consolidées, dans la dernière de ces phases surtout, par une saine interprétation jurisprudentielle quant à la portée du principe de l'oralité et celui surtout de la contradiction des débats — produisent leur plein effet quant à freiner toute tendance du juge vers l'abus ou l'arbitraire. La Cour de cassation vient ensuite parfaire l'ensemble du système par son contrôle bienfaisant de la décision du juge et de ses motifs.

Lorsqu'il s'agit au contraire de la Cour d'assises, on ne peut s'empêcher de formuler certaines craintes touchant la portée presque absolue que le principe de la preuve de conviction y détient.

Avant la loi du 25 novembre 1941, ces appréhensions étaient d'autant plus justifiées que, lorsqu'il s'agissait d'appliquer la preuve de conviction devant cette juridiction, on avait surtout affaire au jury qui était seul normalement compétent pour se prononcer sur le point de fait. Or, il n'est pas malaisé d'affirmer que, dans l'état où il fonctionnait alors, le jury ne pouvait point inspirer une confiance suffisante permettant de le dispenser presque de tout contrôle. Il était alors à craindre qu'avec ce jury, le principe de la preuve par l'intime conviction ne fût détourné de son véritable sens, pour dégénérer vers une preuve basée sur les sentiments et les passions.

A l'heure actuelle, la loi du 25 novembre 1941 a certes réalisé un progrès énorme en faisant participer les magistrats de la Cour d'assises à la décision sur le point de fait. Il y a lieu par suite d'avoir désormais plus de confiance dans les déclarations émises en commun par la Cour et les jurés sur ce point, que dans les verdicts de l'ancien jury. Nous remarquerons seulement que ces déclarations échappent toujours, de même que les anciens verdicts, au contrôle de la Cour de cassation. Ce qui est d'autant plus à craindre qu'en dépit de la réforme opérée par la loi du 25 novembre 1941, les jurés continuent à disposer, dans l'ensemble du collège, d'une majorité de deux tiers de suffrages.

Sous ce rapport, il y a lieu d'admirer au contraire les conditions dans lesquelles fonctionne le principe de la preuve de conviction dans le droit anglo-américain. On ne saurait vraiment trop louer ce système qui, comme nous avons eu l'occasion de le constater, a su dégager le véritable sens du principe en question dans son application au jury. Sans être tenu de motiver son verdict, le jury anglais n'en demeure pas moins utilement contrôlé par les sages préceptes de la *law of evidence* qu'il est tenu de respecter sous l'autorité et la direction du président de la Cour.

Nous ne pouvons laisser cet ordre d'idées sans signaler un autre reproche qu'avant la loi du 25 novembre 1941 on pouvait encore adresser au système français relativement à la formule même de l'ancien article 342 du Code d'instruction criminelle. Cette formule « tout imprégnée du lyrisme révolutionnaire... avait donné naissance à bien des erreurs sur les droits et les devoirs du jury. Ce qui semble s'en dégager, c'est la sensation d'un pouvoir arbi-

traire, pour résoudre la question la plus redoutable qui puisse être posée à des hommes. Le juré paraît placé au-dessus de la loi et autorisé à juger sur une *impression* (318) ».

Nous avons certes essayé de mettre à jour, à travers les termes de cette même formule, la véritable intention du législateur quant au sens réel de la preuve par l'intime conviction. Nous avouons cependant que nous n'y sommes parvenu qu'à grand-peine. Aussi n'est-ce pas sans raison qu'on avait, depuis déjà longtemps, songé à l'abrogation de cette formule (319), abrogation qui a été heureusement réalisée par la loi du 25 novembre 1941. C'est d'ailleurs la même politique qu'avait suivie le nouveau Code de procédure pénale italien qui n'a pas reproduit un texte correspondant à l'ancien art. 498 alinéa 3. Il faut cependant considérer comme d'une meilleure politique à ce sujet la conduite du législateur japonais qui, dans l'art. 146 du Code de procédure criminelle de 1880, pose le principe de la preuve de conviction en des termes pleins de sagesse et de circonspection (320).

II. — *Dans quel sens devrait se concevoir une nouvelle théorie scientifique de la preuve en matière criminelle.*

161. — La distinction que nous avons établie, entre le principe de la preuve par l'intime conviction d'une part et les conditions d'application de ce principe d'autre part, nous a donc permis de constater qu'en définitive c'est

(318) GARRAUD, t. I, n° 259.

(319) Cf. Dalloz, Code d'instruction criminelle annoté, sous art. 342, n° 89.

(320) Voir le texte de cet article *supra*, note 129.

plutôt à ces dernières que s'adressent certaines attaques que nous pourrions qualifier également de *classiques*.

Il y a lieu cependant d'englober le principe et ses conditions d'application dans une même critique, plus au point, et qui tient à la vérité autant à un point faible du principe même de la preuve de conviction qu'aux conditions générales dans lesquelles ce principe joue actuellement. Nous faisons ici allusion au déséquilibre frappant qu'on ne manquera pas de constater entre l'état auquel est parvenue de nos jours la science criminelle et les conditions dans lesquelles le juge continue, comme par le passé, de rechercher et d'acquiescer son intime conviction.

Personne n'ignore en effet les progrès considérables que la science a réalisés jusqu'à ce jour dans toutes les branches de la matière criminelle. Il suffira à ce propos de mentionner simplement les titres d'anthropologie criminelle, de sociologie criminelle et de psychologie judiciaire, de médecine légale, de psychiatrie criminelle et de criminalistique, pour se rendre compte de l'ampleur en ce domaine de l'apport des recherches et des études scientifiques.

En présence de ce puissant courant scientifique, le système des preuves morales demeure presque dans le même état de fonctionnement qu'à son introduction à la fin du XVIII^e siècle, marquant ainsi dans l'évolution générale des institutions un retard infiniment regrettable. Outillé, le plus souvent, rien qu'avec son acquis juridique *classique*, le juge demeure dans l'ensemble, comme nous l'avons constaté, livré à l'inspiration de sa conscience et à son entière liberté d'appréciation à l'égard des preuves.

Ce déséquilibre est d'un effet funeste à un double point

de vue. Nous avons en effet révélé d'une façon générale la faillibilité éventuelle de la preuve par l'intime conviction, en soulignant surtout l'élément subjectif qui joue dans la formation de la certitude morale. Or, avec le courant scientifique actuel, cette faillibilité a beaucoup plus de chance de se manifester, et l'élément subjectif en question est appelé à jouer un rôle extrêmement périlleux. L'une des conséquences les plus remarquables de ce nouveau courant a été de donner un élan extraordinaire à certaines preuves, à la preuve indiciale et à l'expertise notamment. Le système de l'intime conviction ayant mis toutes les preuves sur le même pied, en les confiant toutes à la libre appréciation du juge, il est par suite à craindre que celui-ci ne se laisse entraîner à donner une créance exagérée à des preuves comme la preuve indiciale et l'expertise qui, sous l'effet de leur caractère éminemment scientifique, ne manqueront pas d'impressionner démesurément sa conscience. Nous savons en effet avec quelle vénération religieuse les juges accueillent habituellement les rapports des experts, et avec quelle gloire sensationnelle la preuve indiciale, tirée parfois d'une tache de sang ou de la vérification d'une autre trace de nature quelconque, envahit les cœurs des enquêteurs et des juges, s'empare de leur conscience et provoque leur conviction intime. Dans ces conditions, on peut s'attendre à ce que cette conviction soit fréquemment faussée par les apparences à la fois trompeuses et séduisantes de ces preuves *scientifiques*, donnant ainsi lieu à de fâcheuses erreurs judiciaires (321).

(321) Cf. LAILLER et VONOVEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes*, ch. III, pp. 97 et suiv.

D'un point de vue tout à fait opposé, nous remarquons que le développement scientifique moderne a ouvert au domaine de la justice criminelle de nouveaux horizons de nature à entretenir l'espoir d'atteindre la certitude judiciaire avec de moindres chances d'erreur. Le témoignage qui, dans le procès criminel, demeure le moyen de preuve le plus courant, fournit par sa subjectivité et sa faillibilité les motifs d'une extrême méfiance (322). Il y a lieu de croire, cependant, qu'avec les études et les recherches récentes dans le domaine de la psychologie expérimentale, ce mode de preuve pourrait être réhabilité en réduisant au minimum ses chances de faillibilité. La science moderne a également — par les progrès croissants de la médecine légale et de la *police scientifique* — mis en pratique de multiples méthodes techniques qui tendent à vérifier et à interpréter les faits avec une grande chance de réussite.

Sans avoir à multiplier les exemples, nous constatons malheureusement avec une vive amertume que le principe de la preuve par l'intime conviction fonctionne actuellement dans des conditions qui, au détriment de la vérité et de la certitude, ne permettent pas de profiter de toutes ces données et des progrès de la science. Il est en effet infiniment regrettable de constater à ce propos que les éléments de psychologie criminelle, de médecine légale et de tout ce qu'on peut appeler les *sciences auxiliaires* du droit pénal, restent étrangers à la majorité des magistrats répressifs, sans parler évidemment des jurés. Il y a là par suite autant d'éléments qui manquent à la formation de

(322) Cf. Edmond LOCARD, *op. cit.*, ch. II, et F. GORPHE, *La critique du témoignage*.

la conviction intime du juge, alors qu'il est indiscutable qu'ils seraient à cet égard d'une indéniable utilité. Et dans ces conditions la conviction du juge est constamment exposée à être faussée par des indices mal interprétés ou des témoignages altérés.

162. — N'oublions pas cependant que toutes ces déficiences que le système des preuves morales risque de présenter dans l'état actuel de la science criminelle, au double point de vue que nous venons de dégager, ne sauraient être attribuées uniquement à la preuve par l'intime conviction et à l'élément éminemment subjectif qu'elle comporte. Cette subjectivité y est certes pour quelque chose. Mais il faut les imputer principalement aux conditions dans lesquelles la preuve par l'intime conviction continue à jouer. Car, c'est à cause de ces conditions défavorables, autrement dit à cause du retard que présente l'état de connaissance et d'expérience du juge répressif par rapport aux progrès de la science criminelle, que l'élément subjectif en question devient susceptible de se montrer sous son mauvais côté. Ce qui veut dire que, si l'on venait à changer ou modifier ces conditions pour d'autres plus favorables, l'élément subjectif de la preuve de conviction ne serait plus à craindre.

Ainsi, nous parvenons enfin à un point où il nous est permis de relever la nécessité d'adapter le système des preuves morales aux nouvelles conditions de la justice pénale. Tenant compte de l'ensemble des progrès réalisés jusqu'ici dans ce dernier domaine, de ceux surtout qui ont été à la base du développement de l'expertise et de la preuve indiciale, on a pu dire que la justice criminelle en-

trait dans une phase scientifique (323). Suivant la loi sociologique de l'évolution, à cette phase scientifique de la justice criminelle doit correspondre *une théorie scientifique de la preuve*. Et c'est dans cette voie que le système des preuves sera forcément appelé à s'engager tôt ou tard.

Seulement, comme il arrive trop souvent dans les évolutions de cette nature, une certaine déviation est toujours à redouter. Il y a lieu de craindre en effet, qu'un excès de positivisme scientifique ne nous fasse retomber dans une sorte de système de preuves légales, où la parole de l'expert s'imposerait avec force de loi, et où, par un curieux renversement de l'ordre des choses, la preuve indiciale, jadis à peine demi-preuve, obtiendrait le titre de *reine des preuves*. La théorie des preuves légales, bien que parfois susceptible en elle-même d'une puissante justification doctrinale, ne saurait être pourtant l'idéal auquel aspire une procédure rationnelle.

163. — Il convient par suite de s'entendre sur ce que devrait signifier *une nouvelle théorie scientifique de la preuve* en matière criminelle.

Pour nous, il n'est évidemment point question de renoncer au principe naturel et rationnel du recours pour constater la certitude à la conscience du juge et à son intime conviction. Ce serait donc toujours sur la base de ce principe éternel que devrait se fonder la nouvelle théorie scientifique.

Vient en second lieu le but que poursuivrait la nouvelle théorie. Il s'agirait en définitive de réagir contre les faiblesses que l'élément subjectif, dans la preuve de convic-

(323) Cf. VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 719.

tion, est de nature à manifester, surtout dans les nouvelles conditions de la science criminelle, comme nous l'avons indiqué plus haut. C'est donc dans un sens *d'objectivité*, si nous pouvons ainsi nous exprimer, qu'il s'agirait d'engager la nouvelle théorie de preuve.

Dans cette voie, on aurait probablement tendance à *objectiver* les preuves mêmes. C'est d'ailleurs à quoi semblent penser les représentants de l'Ecole positiviste italienne, qui voudraient, par exemple, que les conclusions de l'expertise fussent obligatoires pour le juge (324). Telle est cependant la pente sur laquelle il faudra éviter de se laisser entraîner, si l'on veut rester fidèle au principe de la preuve par l'intime conviction du juge. Car *objectiver* les preuves signifie, en d'autres termes, ressusciter un système de preuves légales.

Le mouvement d'objectivité devrait donc être plutôt appliqué au second élément du système des preuves : au juge lui-même. *Objectiver* pour ainsi dire le juge, serait donc l'unique moyen d'introduire une lueur de positivisme dans le système des preuves de conviction, dont le principe réside dans la certitude morale qui est par définition une notion purement subjective.

Pour *objectiver* le juge répressif au sens que nous venons d'indiquer, nous ne voyons qu'un seul procédé : ce serait de lui procurer les connaissances nécessaires pour s'élever à la hauteur du développement scientifique moderne, et le rendre ainsi à même de pouvoir apprécier les dangers comme aussi les avantages que les progrès de la science criminelle sont susceptibles d'entraîner.

Lorsqu'il s'agit d'indiquer le moyen de procurer au

(324) *Ibid.*, n° 719 bis.

juge les connaissances en question, une distinction s'impose entre les magistrats professionnels d'une part et les jurés d'autre part.

Pour les premiers, la meilleure solution serait la *spécialisation* de la magistrature répressive, dans le sens, du moins, d'une forte préparation au double point de vue théorique et pratique, et dont le but tendrait en particulier à « abaisser, pour reprendre les expressions de M. Gorphe (325), les cloisons étanches entre le droit, la psychologie et la psychiatrie », ainsi qu'à initier le futur magistrat aux données de la médecine légale, de la criminalistique, en un mot à tout ce que l'on peut appeler les *sciences auxiliaires* du droit pénal (326).

En ce qui concerne les jurés, sans avoir d'aventure les mêmes velléités que certains criminalistes — notamment les représentants de l'Ecole positiviste qui souhaiteraient la disparition du jury (327) —, et sans avoir à discuter ici les différentes réformes proposées à son intention nous croyons que, par rapport à la question de la preuve, la manière dont le jury fonctionne dans le système anglais offrirait un exemple qu'on pourrait suivre. On ne saurait en effet demander aux simples jurés des connaissances techniques ou scientifiques, pas plus qu'on ne leur demande des connaissances juridiques. Soumettre le jury à la direction de magistrats professionnels — qui, par hypothèse, posséderaient toutes les connais-

(325) GORPHE, *op. cit.*, p. 423.

(326) Cf. FERRI : *La sociologie criminelle* (traduction de l'auteur), p. 459 et suiv. — Cf. également ALY A. RACHED : *De la spécialisation de la magistrature répressive* (Mémoire déposé à l'Institut de Criminologie de Paris), surtout p. 49 et suiv.

(327) Cf. TARDE : *La philosophie pénale*, p. 443, et FERRI, *op. cit.*, p. 464 et suiv.

sances en question — au moyen d'instructions que le président de la juridiction adresserait aux jurés relativement aux preuves, ne peut que constituer une solution des plus heureuses. C'est de la sorte, à la vérité, qu'on pourrait parvenir en même temps à déraciner, comme le dit Mittermaier, *le préjugé funeste* que les jurés sont maîtres de ne céder qu'à leurs impressions, qu'à leurs caprices, qu'à leurs inclinations (328).

En droit français le législateur a préféré, tout dernièrement, une solution plus catégorique et vraisemblablement plus efficace. Par la loi du 25 novembre 1941 il a institué, à l'exemple de plusieurs législations étrangères : l'Allemagne et l'Italie notamment, le système de l'échevinage (328 *bis*). Dans ces conditions il y a lieu peut-être de s'attendre à ce que les magistrats professionnels de la Cour d'assises et le Président en particulier, délibérant en commun avec les jurés, exercent sur ces derniers une influence plus directe et plus efficace tant sur la décision du point de fait que sur l'application de la peine (329).

Il y a lieu d'ajouter enfin que, dans le mouvement d'objectivité tel que nous venons de l'envisager, à moins qu'il ne s'agisse de poser, à titre de précaution, quelques règles relatives à la recherche, à la constatation ou à la production des preuves — telle par exemple qu'une réglementa-

(328) *Traité de la preuve en matière criminelle*, p. 123.

(328 *bis*). Le système de l'échevinage n'est pas tout à fait une importation étrangère en droit français. Le principe en est connu en France depuis déjà longtemps et fut préconisé à plusieurs reprises. Il fut du reste adopté dès 1934 par le projet de Code d'instruction criminelle. Cf. Donnedieu de Vabres, *La justice pénale de demain*, cours de doctorat, Paris, 1941 ; cf. également second supplément au *Traité*, p. 131 et 132.

(329) Cf. *ibid.*, second supplément, p. 149.

tion de certains procédés nouveaux d'investigation ou d'une expertise contradictoire, — l'intervention du législateur dans le domaine des preuves ne serait pas à souhaiter. Dans la phase scientifique actuelle, une pareille intervention risquerait en effet, plus qu'à aucun autre moment, de dégénérer en un positivisme légal, assez scabreux pour la preuve par l'intime conviction du juge.

164. — Ainsi se dessine à nos yeux le sens vers lequel la nouvelle théorie *scientifique* des preuves en matière criminelle devrait être dirigée. Toujours essentiellement basé sur le principe de la certitude morale et de l'intime conviction du juge, le système des preuves aurait pour *preuve de prédilection*, non point l'expertise comme le proposeraient les représentants de l'Ecole positiviste, mais bien plutôt la preuve par la connaissance et l'expérience personnelles du juge. L'expertise serait évidemment en vogue, mais elle ne devrait être regardée que sous son véritable jour. Il ne faudrait y voir en effet qu'un procédé d'investigation et de recherche de preuve, auquel le juge aura certes librement recours.

Il faut noter à ce propos, qu'à la faveur de la préparation de la magistrature répressive, une entière liberté devrait être laissée au juge, dans ses investigations, de recourir à tous les procédés qu'il estimera de nature à lui fournir la certitude (329 *bis*). Il n'y aurait pas lieu, par conséquent, de reculer devant aucune considération, serait-ce même des considérations de *décence*. A ce propos, nous ne voyons, par exemple, aucun inconvénient à ce que le juge ait recours à l'hypnotisme que Ferri semble préconiser (330).

(329 *bis*) Cf. VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 719.

(330) FERRI, *op. cit.*, p. 454.

Entendons-nous donc bien, une fois de plus, sur le caractère *scientifique* de la nouvelle théorie des preuves dont il est question. Elle est scientifique en ce sens uniquement que le juge, par l'esprit d'investigation que lui procurerait une utile préparation, serait à même de mettre tous les progrès de la science moderne au service de la vérité certaine, dont il continuerait cependant à chercher les motifs suprêmes dans sa propre conscience et dans son intime conviction. La nouvelle théorie ne serait donc pas à la recherche d'une prétendue certitude *scientifique*, mathématique ou physique. En justice on ne saurait parler d'ailleurs d'une certitude mathématique (331). Quant à la certitude *physique* qui, en un sens, semble combler d'aise certains esprits généreux (332), elle n'est en dernière analyse que très proche de la certitude *morale* que nous défendons, lorsque celle-ci est entendue au sens juridique exact auquel plus d'une fois nous nous sommes arrêté.

165. — Nous avons un peu insisté, nous l'avouons, sur des notions qui, de prime abord, sembleraient dépasser les cadres du domaine de l'étude que nous avons entreprise dans cet ouvrage. C'est cependant sur le dernier terme de l'évolution du système des preuves, sur la phase scientifique, que nous avons porté nos observations. Il s'agit donc en réalité de la dernière étape de l'évolution que nous avons tracée, à ce sujet, depuis l'antiquité, dans la première partie de cet ouvrage. Et c'est simplement par mesure d'opportunité que cette étape n'a trouvé place que dans notre conclusion.

(331) Edmond LOCARD, *op. cit.*, pp. 261 et 262.

(332) *Ibid.*, p. 262 et suiv.

Nous n'en avons parlé, du reste, que d'une façon très schématique, en esquissant à grands traits les données symptomatiques de la nouvelle théorie scientifique des preuves, théorie qui est encore en pleine formation. L'étude consciencieuse de cette dernière étape, et de la théorie scientifique en question, mériterait à la vérité de faire l'objet de tout un livre dont le présent ouvrage ne serait, en quelque sorte, que les prolégomènes, assurément indispensables.

Notre but a été surtout de défendre le principe de la preuve par l'intime conviction du juge, en le dégageant des idées ou des préjugés susceptibles de le fausser ou de le corrompre.

Nous terminerons par cette remarque que nos appréhensions d'une déviation dans l'évolution en cours et d'une rechute vers une sorte de système de preuves légales, ne sont pas dénuées de tout fondement. La réglementation du système des preuves dans le nouveau Code de procédure pénale colombien est en effet, à ce sujet, de fort mauvais augure (333).

Il y a lieu cependant d'espérer que la classe des juges défendra âprement la liberté de sa conscience, liberté pour laquelle le XVIII^e siècle avait le plus ardemment combattu.

Les juges n'auront point, dans leur lutte contre toute déviation éventuelle de la preuve de conviction, de meilleures armes que leur puissante préparation en plus des qualités de nature à inspirer confiance au justiciable. Car, en somme, le système des preuves légales peut n'être, nous l'avons déjà souligné, qu'un *barème* de la vérité cer-

(333) Cf. *supra*, note 127.

taine, barème que le législateur impose aux juges à certaines époques où, par leurs abus, leurs excès ou leur ignorance, ceux-ci ont perdu la confiance et l'estime de la foule des justiciables.

VU : *le Président de la thèse,*

L. HUGUENEY.

VU : *Le Doyen,*

G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

L'index bibliographique suivant ne signale que les ouvrages ou les documents consultés au cours du travail.

I. — Ouvrages.

- BECCARIA. *Des délits et des peines*, 2^e éd. avec introduction et commentaire revus et augmentés par Faustin Hélie, Paris, 1870.
- BECHARA EL KHOURY. *Essai sur la théorie des preuves en droit musulman*. Aperçu de droit comparé et de législation française, 1926.
- BENTHAM. *Traité des preuves judiciaires*, 2^e éd. en 2 vol. 1830.
- BEST. *Treatise on principles of evidence*, 12^e éd. London, 1922.
- BONNIER (Edouard). *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5^e éd. revue par Ferdinand Larnaudé, Paris, 1888.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.). *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée* (Suppléments en 1940 et 1942).
- *La justice pénale de demain*, Cours de doctorat, Paris, 1941 (non imprimé).
- EL NAWAWI. *Minhadj at Talibin* (le guide des zélés croyants), manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de Chaféi, trad. par Van Den Berg, 1882-1884.
- ESMEIN (Adhémar). *Histoire de la procédure criminelle en France*.
- FAUSTIN HÉLIE. *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., 1866.
- *Pratique criminelle des Cours et tribunaux*, 4^e éd. 1928, refondue par J. Depeiges (première partie : Code d'instruction criminelle).
- FERRI (Enrico). *La sociologie criminelle* (traduction de l'auteur sur la 3^e éd. italienne), Paris, 1893.
- FILANGIERI (G.). *La science de la législation* (livre troisième : Des lois criminelles), nouvelle éd. par Benjamin Constant, Paris, 1840.
- FOURNIER (André). *Code de procédure criminelle de l'Etat de New York* (avec une introduction sur la procédure criminelle aux Etats-Unis), Paris, 1893.
- GARRAUD (R. et P.). *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 1907-1929.
- GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (M.). *Précis élémentaire de droit pénal*, 3^e éd., 1937.

- GISBERT (Hippolyte). *Des moyens de preuve en matière criminelle, en droit romain et en droit français*, Thèse Paris, 1893.
- GORPHE (François). *La critique du témoignage*, 2^e éd., Dalloz, 1927.
- GREENLEAF. *Treatise on the law of evidence*, 2 vol. Boston, 1846.
- LAILLER (Maurice) et VONOVEN (Henri). *Les erreurs judiciaires et leurs causes*.
- LOCARD (Dr Edmond). *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, Paris, 1920.
- LOURD (Jean). *Les modes de preuve du droit civil devant les juridictions répressives*, thèse Montpellier, 1935.
- MARNEUR (F.). *Essai sur la théorie de la preuve en droit musulman*, thèse Paris, 1910.
- MITTERMAIER. *Traité de la preuve en matière criminelle* (trad. par Alexandre), 1848.
- *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord* (trad. par Chauffard), Paris, 1868.
- MOHANNA (M. F. I.). *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés*, thèse Paris, 1930.
- MORAND (Marcel). — *Etudes de droit musulman algérien*, 1910.
- OMAR BEY LOUTFY. *De l'action pénale en droit musulman*, 1897-1899.
- PFENDER (A.). *De la théorie des preuves du droit musulman et de son application dans la législation algérienne indigène*, thèse, Aix, 1908.
- RACHED (Aly A.). *De la spécialisation de la magistrature répressive* (mémoire déposé à l'Institut de Criminologie de Paris, 1940).
- SEITZ (Emile). *Les principes directeurs de la procédure criminelle en Angleterre*, Paris, 1928.
- SOLON. *Essai sur la nature et la force des preuves*, 1824.
- TARDE (G.). *La philosophie pénale*, 4^e éd., 1905.
- THONISSEN. *Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, 3 vol., Paris, 1869-1875.
- TISSOT (J.). *Le droit pénal étudié dans ses principes et les lois des divers peuples du monde*, Paris, 1860, t. I.
- VIDAL (Georges). *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 8^e éd. par J. Magnol, 1935.
- VROONEN (E.). *Répertoire général alphabétique du droit égyptien mixte*, Alexandrie, 1939.

II. — Articles.

- BONNIER (E.). « De la preuve légale devant les tribunaux criminels », *Rev. de législation et de jurisprudence*, 1843, t. XVII, p. 330.
- ESMEIN (Adhémar). « Le Criminal evidence act de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », *Rev. politique et parlementaire*, 1898, t. XVIII, p. 346.
- FAUSTIN HÉLIE. « Etudes sur la preuve en matière criminelle ». *Rev. critique*, 1853, p. 396.

- FAUSTIN HÉLIE. « De la jurisprudence en matière criminelle », *Rev. de législation et de jurisprudence*, 1843, t. XVII, p. 368.
- GORPHE (F.). « La valeur probante des indices », *Rev. de science criminelle*, 1937, p. 418.
- PORTALIS (Comte de). « De la preuve en matière civile et en matière criminelle », *Rev. de législation et de jurisprudence*, 1840, p. 174.
- SPEYER (Herbert). « Les règles de la preuve en droit pénal anglais », *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1898, p. 478.

III. — Codes et codes annotés.

- Caroline. Code criminel de l'Empereur Charles V, vulgairement appelé la *Caroline*, trad. française, Paris, 1779.
- Code de procédure criminelle chinois (traduit).
- Code de procédure pénale colombien.
- DALLOZ. Code d'instruction criminelle annoté, Paris, 1898.
- Digeste. Livre 22, titre 5, *De Testibus*; livre 42, titre 2, *De Confessionibus*; liv. 48, titre 18, *De Quaestionibus* (traduction de Hulot).
- Code d'instruction criminelle espagnol (traduit).
- FELDMAN (I. R.). Codes égyptiens (Codes d'instruction criminelle nationale et mixte), Le Caire, 1936.
- Codes civil, de procédure civile, pénal et d'instruction criminelle français.
- GARÇON (E.). Code pénal annoté, t. I, Paris, 1901-1906 (sous art. 338).
- Codes de procédure pénale italien de 1865 et de 1930 (le dernier traduit par Laguerre et J. Magnol, Paris, 1934).
- Code de procédure criminelle japonais (traduit).
- LE POITTEVIN. Code d'instruction criminelle annoté, Paris, 1911-1915.

IV. — Dictionnaires et vocabulaires.

- CAPITANT (H.). Vocabulaire juridique, Paris, 1936.
- Dictionnaire de l'Académie française.
- GOBLOT (Edmond). Le vocabulaire philosophique, Paris, 1938.
- LALANDE (André). Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, 1938.
- LITTRÉ (E.). Dictionnaire de la langue française.

V. — Périodiques.

- Bulletin de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (B. ou B. crim.).
- Dalloz hebdomadaire (D. H.).
- DALLOZ, Recueil périodique (D. P. ou D.).
- Gazette du Palais (G. P.).
- Journal du Palais (J. P.).
- SIREY, Recueil général des lois et arrêts (S.).

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. — La certitude du juge seul fondement de la justice humaine.	1
II. — La certitude comme base de la vérité en justice.....	2
III. — Le système ou régime des preuves est destiné à résoudre le problème de la certitude judiciaire. — Ce que signifie un système ou un régime des preuves.....	3
IV. — Importance variable du système des preuves selon la phase du procès pénal.....	4
V. — Le système des preuves ne s'occupe que du point de fait. L'intérêt particulier que présente la question de la culpabilité au point de vue qui nous occupe.....	5
VI. — Objet et caractère de notre étude : étude juridique du système de la preuve <i>par l'intime conviction du juge</i>	6
VII. — Plan général de l'ouvrage.....	8

PREMIÈRE PARTIE

Du système des preuves en général.

Dispositions préliminaires.

1. — Précisions sur le sens du mot <i>preuve</i> : trois acceptions radicalement différentes	13
2. — Plan de la première partie.....	15

CHAPITRE PREMIER

Les différents systèmes de preuve et leur valeur théorique respective.

SECTION I. — LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE PREUVE.

3. — Généralités et division	19
------------------------------------	----

§ 1. — *Le système des preuves morales.*

4. — L'idée de base : la certitude judiciaire est moins l'œuvre du législateur que de la conscience du juge ; double corollaire de cette conception quant au rôle respectif du législateur et du juge 20
5. — La principale caractéristique du système de la preuve de conviction : double liberté du juge par rapport aux preuves. . . 20
6. — La liberté du juge n'exclut pas toute intervention du législateur ; la nécessité de poser des garanties et l'opportunité d'établir même des exceptions. 21
7. — Réserves d'ordre philosophique ou juridique auxquelles est soumise la notion de la preuve par l'intime conviction et qui en délimitent la véritable portée et le sens exact. — Renvoi. 22

§ 2. — *Le système des preuves légales.*

8. — L'idée de base : la certitude judiciaire conçue comme une opération scientifique que le législateur peut régler à l'avance par des règles fixes. — Deux modes d'intervention du législateur 23
9. — La caractéristique qui trace la démarcation entre le système des preuves légales et le système des preuves morales. . . 25
10. — Rôle passif réservé au juge dans le système légal. 25
11. — Aperçu du mécanisme du système des preuves légales dans l'ancien droit français. 26
12. — Dans quelle mesure la conscience du juge peut intervenir dans le système des preuves légales. 30

§ 3. — *Le système intermédiaire.*

13. — Le système intermédiaire proprement dit : combinaison des deux conceptions de la certitude. Deux formes de la combinaison. 32
14. — Autres façons de concilier les deux conceptions de la certitude : le système *mixte*. 34

SECTION II. — VALEUR RESPECTIVE DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE PREUVE.

(Appréciation générale d'ordre théorique.)

15. — A quoi tient la distinction entre certitude *morale* et certitude *légale*. 36
16. — La conviction morale du juge représente l'unique conception naturelle de la certitude judiciaire. Elle est en outre la meilleure garantie à la base des jugements. 37
17. — Le système des preuves morales ou de conviction est par

conséquent le seul système naturel et logique. Défauts du système des preuves légales.....	40
18. — Réserve quant à l'affirmation de la supériorité du système de l'intime conviction.....	42
19. — Appréciation du système intermédiaire. La combinaison est en apparence ingénieuse. Critiques qu'on peut adresser cependant à ce genre de combinaisons.....	43
20. — La conclusion à tirer des précédents développements : Seul le système de la preuve par l'intime conviction du juge est à retenir. Cette conclusion est confirmée par l'expérience.	47

CHAPITRE II

Considérations susceptibles d'influer sur le système des preuves.

21. — Généralités et division.....	48
------------------------------------	----

SECTION I. — CONSIDÉRATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL.

Effet des idées, des croyances, des mœurs et du degré de civilisation.

22. — Effet de la nature même des preuves sur le caractère du système des preuves. Dépendance des moyens de preuve en vigueur des mœurs et croyances des peuples.....	50
23. — Effet du sentiment religieux : la preuve par le serment ; la preuve par le serment des cojurateurs ; les épreuves judiciaires ou <i>ordalies</i>	50
24. — Autres manifestations de l'effet des mœurs et du degré de civilisation sur les moyens de preuve : le duel judiciaire ; la torture ou <i>question</i> ; le <i>jury</i> ; l'expertise.....	53
25. — Précision sur la manière dont les précédents facteurs influent sur la tendance générale du système des preuves : la preuve de prédilection selon les époques.....	54
26. — Réserve quant à la portée de l'influence qu'exerce la nature des preuves sur le caractère du système des preuves..	55

SECTION II. — CONSIDÉRATIONS TIRÉES DE QUELQUES PRÉOCCUPATIONS PARTICULIÈRES DU LÉGISLATEUR.

27. — Politique du législateur dans l'aménagement des intérêts mis en opposition par le procès pénal. L'intérêt social : prévenir l'impunité ; l'intérêt individuel ; protéger l'innocence.....	56
28. — Notion du législateur quant à la nature de la vérité. Thèse de l'objectivité et thèse de la subjectivité.....	58

29. — Opinion du législateur sur l'importance du rôle du juge dans la découverte de la vérité : rôle actif ou rôle passif.	60
---	----

SECTION III. — CONSIDÉRATIONS TIRÉES DES RAPPORTS DU SYSTÈME DES PREUVES AVEC L'ENSEMBLE DE LA PROCÉDURE.

30. — Généralités et division.....	63
------------------------------------	----

§ 1. — *Effets des principes de la procédure accusatoire.*

31. — Principes caractéristiques de la procédure accusatoire...	64
32. — Le système de la conviction est seul conforme à la procédure orale	65
33. — Rapport entre la justice populaire et la preuve par la conviction.....	66
34. — L'institution du jury repose essentiellement sur l'intime conviction. Elle répugne, par contre, au système des preuves légales. — Explications.....	66
35. — Dans quel sens certaines prescriptions légales relativement aux preuves peuvent être appliquées au jury	71

§ 2. — *Effets des principes de la procédure inquisitoire.*

36. — Principes caractéristiques de la procédure inquisitoire...	72
37. — Rapport entre ces principes et le système des preuves légales	72
38. — Corrélation entre la magistrature professionnelle et les preuves légales. — Explication.....	73
39. — Parfaite possibilité cependant d'adapter la preuve de conviction aux juges professionnels.....	75

§ 3. — *Effets des principes de la procédure mixte.*

40. — La procédure mixte : définition ; ses principales caractéristiques.....	77
41. — Cette procédure conduit logiquement au système de l'intime conviction	78

CONCLUSION.

42. — Importance respective des précédentes considérations...	79
---	----

CHAPITRE III

L'évolution du système des preuves depuis l'antiquité jusqu'à nos jours.

43. — Division	80
----------------------	----

SECTION I. — LES LÉGISLATIONS DE L'ANTIQUITÉ.

44. — Image approximative de la société humaine la plus primitive. La justice personnelle ou vengeance, d'abord individuelle, puis collective, basée sur des sentiments et des impressions intuitives. Aucun véritable système de preuves ne serait à chercher 81
45. — Le système des preuves dans la législation hébraïque. Quelques règles de preuve légale combinées avec le principe de la liberté du juge. Un système *mixte* serait à envisager.... 85
46. — Le système de l'Égypte pharaonique. Prédominance du principe de la preuve de conviction malgré l'existence de quelques pratiques à tendance légale..... 86
47. — Le système de l'ancienne Grèce. Prédominance de la preuve de conviction, favorisée par le principe de la justice populaire..... 88
48. — D'une façon générale, l'idée de la preuve morale serait la seule concevable dans les législations de l'antiquité..... 88

SECTION II. — LE DROIT ROMAIN.

49. — A l'époque des Rois : le principe de la libre appréciation des juges serait le seul à envisager..... 89
50. — Sous la République : le principe de la preuve de conviction au sein des *comices* et des *quaestiones perpetuae*, juridictions toutes basées sur le principe de la justice populaire. Aucune trace de preuves légales..... 90
51. — Sous l'Empire : tendance de plus en plus marquée vers les preuves légales, parallèle à la disparition de la justice populaire et à l'instauration de la magistrature professionnelle permanente. L'existence au Bas-Empire de certaines règles de preuve obligatoires pour le juge : la règle *Testis unus, testis nullus*..... 94
52. — La preuve de conviction demeure, même sous l'Empire, le principe caractéristique du droit romain ; les quelques règles du Bas-Empire ne sont que des exceptions. Avec ces exceptions un système *mixte* serait à envisager..... 98

SECTION III. — LES LÉGISLATIONS DU MOYEN AGE ET L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

53. — La tendance légale dans les usages des Barbares. La preuve par le serment des cojureurs et par les épreuves judiciaires. La force probante de l'aveu et du flagrant délit. 100
54. — La tendance légale de plus en plus accentuée dans la procédure féodale. Le combat judiciaire ; la force attribuée aux

dépôts de deux témoins et au rapport du plus grand nombre.....	101
55. — La recrudescence de la torture et le développement de la procédure inquisitoire vers le XIII ^e siècle. Elaboration de la théorie des preuves légales aux XV ^e et XVI ^e siècles. Sa consécration législative dans l'ancien droit français : les Ordonnances de 1539 et 1670.....	102
56. — Domaine de moins en moins étendu de la preuve morale au cours du Moyen Age. Sa décadence progressive et sa désuétude vers le XVI ^e siècle.....	103

SECTION IV. — LE DROIT MODERNE ET LES LÉGISLATIONS CONTEMPORAINES.

57. — Le mouvement philosophique et doctrinal contre les preuves légales dès le milieu du XVIII ^e siècle : Beccaria ; Filangieri	106
58. — Progrès de l'esprit de réforme en France : Voltaire et d'autres philosophes et publicistes contre l'Ordonnance de 1670. Le jury et la preuve de conviction parmi les réformes réclamées à la veille de la Révolution.....	107
59. — L'introduction de l'institution du jury et le système des preuves morales en France par le législateur de la Révolution. L'instruction criminelle de 1791 ; l'art. 372 du Code des délits et des peines de l'an IV ; l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle de 1808.....	108
60. — Evolution moins rapide dans les autres législations du continent : le système des preuves légales encore en vigueur en Allemagne, en Espagne et en Italie, en plein XIX ^e siècle. La tendance vers un système <i>intermédiaire</i> vers le milieu du même siècle	110
61. — Extension progressive du domaine du système de l'intime conviction. Sa prédominance en Europe déjà vers la fin du siècle dernier.....	111
62. — Extension de la preuve de conviction en dehors de l'Europe : en Amérique latine ; en Asie : les législations japonaise et chinoise ; en Afrique : la législation égyptienne.....	111
63. — Toutes les législations qui adoptent le système des preuves morales n'ont pas consacré des textes particuliers à cet effet.....	112
64. — Le système des preuves en droit anglo-américain. La procédure anglaise n'a jamais connu une véritable théorie de preuves légales : l'influence du jury.....	113
65. — Apparence d'un système de preuves légales dans la procédure anglaise actuelle. Caractère plutôt négatif des règles de	

TABLE DES MATIÈRES

315

la <i>law of evidence</i> . Il s'agirait plutôt d'un système <i>mixte</i> bien équilibré	115
66. — Le droit anglo-américain ne ferait donc pas exception à la prédominance actuelle de la preuve de conviction.....	119

APPENDICE. — LE SYSTÈME DES PREUVES EN DROIT MUSULMAN.

67. — Controverse au sujet du caractère du système des preuves en droit musulman.	121
68. — Théorie de preuves légales qu'offre l'ensemble des règles du <i>corpus juris</i> musulman : hiérarchie des différentes preuves; la règle <i>Testis unus, testis nullus</i> et la force invincible de la déposition de deux témoins ; les demi-preuves.....	121
69. — Le principe de la liberté du juge qui se dégage à l'examen des sources fondamentales du droit musulman.....	125
70. — Le véritable système du droit musulman serait un système du genre <i>intermédiaire</i>	127

DEUXIÈME PARTIE

De la preuve par l'intime conviction en droit français.

Dispositions préliminaires.

71. — Position du principe de l'intime conviction du juge : l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle,.....	131
72. — Précisions sur le sens du mot <i>conviction</i>	134
73. — Plan de la deuxième partie.....	136

CHAPITRE PREMIER

La portée théorique du principe de la preuve par l'intime conviction.

74. — Généralités et division.....	138
------------------------------------	-----

SECTION I. — FORMATION ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA CERTITUDE.

75. — Des différentes espèces de certitude.....	139
76. — Définition de la certitude <i>morale</i>	140
77. — Manière dont se forme la certitude dans la conscience. Définition simpliste de la <i>conscience</i> ; la lutte qui s'y engage	

TABLE DES MATIÈRES

317

s'explique le fait qu'elle fut proclamée au criminel plus particulièrement. Textes légaux qui la prévoient au civil.....	158
89. — Fréquence des exceptions à la preuve de conviction au civil : les actes juridiques et la théorie de la preuve préconstituée	161
90. — Domaine d'application propre de la preuve de conviction au civil : les faits matériels ; autres exceptions à la théorie de la preuve préconstituée.....	162
91. — Au civil il s'agirait d'un système de preuve <i>mixte</i>	164
92. — La matière criminelle est le domaine d'application par excellence de la preuve de conviction : il s'agit le plus souvent de simples faits matériels.....	164

SECTION II. — APPLICATION DE LA PREUVE DE CONVICTION A TOUTES LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES.

93. — Le législateur français ne fait, quant à l'application de la preuve de conviction, aucune distinction entre les jurés et les magistrats de l'ordre judiciaire.....	165
94. — L'application de la preuve de conviction s'étend à tous les juges réguliers appartenant à l'ordre judiciaire : aux juges correctionnels et de simple police, comme aux magistrats de la Cour d'assises. — Jurisprudence constante.....	167
95. — La Cour de cassation ne cherche pas à soutenir la thèse d'après laquelle la preuve de conviction serait propre aux jurés exclusivement. — Explication de la manière dont s'expriment certains arrêts.....	169
96. — Le principe de la preuve de conviction ne s'applique pas de la même façon à la Cour d'assises et aux autres juridictions répressives	171

SECTION III. — APPLICATION DE LA PREUVE DE CONVICTION A TOUTES LES PHASES DU PROCÈS PÉNAL.

97. — Les deux phases principales du procès pénal. Application évidente de la preuve de conviction à la phase du jugement. . .	172
98. — Un système de preuves peut et doit exister vis-à-vis des magistrats de la phase préliminaire. L'objet de la vérité dont on cherche à s'assurer dans cette phase.....	173
99. — La preuve de conviction s'applique de même à la phase préliminaire. Le caractère plutôt inquisitoire de la procédure dans cette phase ne s'oppose pas à cette application. Considérations qui s'opposent, au contraire, à l'application d'un système de preuves légales.....	174
100. — Caractère plus absolu de l'application de la preuve de	

conviction dans la phase préliminaire que pendant la phase définitive.....	176
101. — La valeur du système des preuves ne peut cependant être appréciée qu'à la phase du jugement.....	177

CHAPITRE III

Conséquences du principe de la preuve de conviction.

102. — Généralités et division.....	178
-------------------------------------	-----

SECTION I. — LA LIBERTÉ DU JUGE DE RECOURIR A TOUS LES MOYENS DE PREUVE.

103. — La liberté du juge dans l'admission des preuves est une conséquence logique de la preuve morale. Elle ressort en effet du texte même de l'ancien article 342 du Code d'instruction criminelle	180
104. — Etendue de la liberté du juge. Une réserve. Un double corollaire. La liberté du juge n'est pas absolue : des dérogations éventuelles sont possibles.....	181
105. — Dérogations qu'apporte le droit français à la liberté du juge. Première catégorie : l'exclusion de la preuve par le serment de l'accusé ; les incapacités de témoigner, caractère atténué de cette dérogation surtout en Cour d'assises ; l'admission restreinte de la preuve testimoniale en matière civile....	182
106. — Seconde catégorie de dérogations : limitation des preuves admises contre le complice de la femme adultère. Les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle n'établissent pas une dérogation générale en matière de police simple et correctionnelle, interprétation jurisprudentielle de ces deux textes	185

SECTION II. — LA LIBERTÉ DU JUGE DANS L'APPRÉCIATION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE.

107. — La libre appréciation du juge est une conséquence forcée du principe de la preuve de conviction. Comment elle se dégage du texte de l'ancien art. 342 du Code d'instruction criminelle.....	190
108. — Caractère général de cette conséquence : son application à toutes les juridictions répressives.....	190
109. — La libre appréciation du juge porte sur tous les moyens de preuve mis à sa disposition. Opportunité d'un examen approfondi de la conséquence à ce point de vue. Une remarque	

préalable : la non-intervention du législateur dans l'appréciation de la valeur des preuves devrait faire pendant à la libre appréciation du juge.....	191
110. — A. <i>Le témoignage</i> . — La valeur probante du témoignage est <i>morale</i> , l'art. 292 du Code de proc. civile ; abrogation, dans le droit actuel, des anciennes règles qui attachaient de l'importance au nombre des témoins ; ce qui subsiste de la règle du système légal qui attachait de l'importance à la qualité des témoins : les <i>témoins disqualifiés</i> qui ne fournissent que de simples renseignements. Cette disqualification ne vaut pratiquement que comme conseil ou avertissement au juge.....	192
111. — B. <i>L'aveu</i> : Inexistence, dans le droit actuel, du double préjugé légal relatif à la valeur de l'aveu, possibilité par conséquent pour le juge de repousser l'aveu à lui soumis ; sa faculté, au contraire, d'en faire même la seule base de sa décision contrairement à la maxime <i>Nemo auditur perire volens</i> (jurisprudence constante) ; — le principe de la preuve de conviction exclut le double caractère d'irrévocabilité et d'indivisibilité que revêt l'aveu au civil.....	197
112. — C. <i>Les écrits</i> : Le principe de la libre appréciation de la preuve littéraire dans l'art. 342 ancien ; réserves et dérogations à ce principe : la force légale des écrits en matière civile ; la force légale de certains procès-verbaux même en matière criminelle.....	201
113. — D. <i>Les conclusions des experts</i> : Le principe de la libre appréciation de l'avis des experts dans l'ancien droit et en droit actuel. Ce principe est conforme au caractère et à la nature de l'expertise judiciaire. En droit, le principe ne souffre aucune dérogation. L'influence que les résultats de l'expertise exercent pratiquement sur la conviction du juge.....	204
114. — E. <i>Les présomptions ou indices</i> : Le principe de la libre appréciation des indices dans l'art. 342 ancien. Abrogation des règles de l'ancien droit s'attachant au nombre et à la qualité des indices ; les conditions de gravité, de précision et de concordance des indices ne valent que comme conseils au juge : possibilité pour le juge de baser sa conviction sur un simple indice. La liberté du juge par rapport à la preuve indiciale est assez caractéristique du système des preuves morales.....	207
115. — Constatations terminales : la libre appréciation du juge constitue le droit commun en matière de preuves ; sous l'empire de ce principe il n'y a plus lieu à l'ancienne distinction entre la preuve <i>naturelle</i> et la preuve <i>artificielle</i>	211

SECTION III. — LA SOUVERAINETÉ DE LA CONVICTIION DU JUGE.

116. — Ce que signifie la *souveraineté* de la conviction du juge en

thèse générale : le juge n'est pas tenu de rendre compte des motifs de sa conviction.....	213
117. — Cette conséquence dérive et de la nature même de la conviction et de l'idée de liberté du juge qui est à la base du système des preuves morales ; elle constitue en quelque sorte la sanction de cette liberté. Elle ressort de même nettement de l'art. 342 ancien.....	213
118. — Effet de la conséquence en question : faculté du juge de se borner à déclarer sa conviction sans en produire les causes déterminantes	216
119. — Précisions sur la portée réelle de la souveraineté de la conviction : le juge est dispensé de motiver sa conviction, mais il est obligé de motiver sa décision. Distinction de deux notions	216
120. — L'idée de la souveraineté de la conviction est d'une application générale à toutes les juridictions criminelles.....	219
121. — Remarque finale : la souveraineté de la conviction n'implique ni l'arbitraire du juge ni l'omnipotence du jury.....	219

CHAPITRE IV

**Garanties légales contre l'excès de pouvoir du juge
en matière de preuve.**

122. — Généralités et division.....	221
-------------------------------------	-----

SECTION I. — RÉGLEMENTATION LÉGALE DE LA RECHERCHE
ET DE L'ADMINISTRATION DES PREUVES.

§ 1^{er}. — *Règles légales de la recherche et de la production des preuves en général.*

123. — Réglementation légale des procédés de recherche des preuves. La loi n'a pas prévu limitativement tous les procédés d'investigation auxquels le juge peut recourir ; restrictions apportées à la liberté du juge à cet égard.....	223
124. — Réglementation légale de la production des preuves. Exemples : la preuve testimoniale, la formalité du serment et la règle de l'oralité des dépositions ; les incapacités et les incompatibilités de témoignage. — L'expertise ; l'exclusion de certains experts et la formalité du serment.....	225
125. — Valeur pratique de cette garantie ; son inefficacité devant la Cour d'assises.....	227

§ 2. — *Règles régissant l'administration des preuves dans l'instruction définitive en particulier.*

126. — Les trois caractères de l'instruction définitive : la publicité, l'oralité, la contradiction..... 228

A. — *Le principe de l'oralité.*

127. — Double sens de l'oralité : le sens de l'*immédiateté* de la preuve..... 229
128. — Garantie qu'offre l'oralité dans ce dernier sens. Dérogation qu'apporte la jurisprudence à cette garantie en matière de police simple et correctionnelle et pendant les débats de l'appel. Portée plus absolue de l'oralité devant la Cour d'assises..... 229
129. — Importance de la garantie offerte par l'oralité et critique de la jurisprudence tendant à y déroger. Condition que pose la jurisprudence cependant à l'effet d'atténuer cette dérogation..... 233

B) *Le principe de contradiction.*

130. — Sens de la contradiction et garantie qu'elle offre quant à restreindre le pouvoir du juge..... 235
131. — Conséquences que la jurisprudence a tirées de la règle de contradiction : l'impossibilité pour le juge de fonder sa conviction sur des connaissances personnelles ou sur la notoriété publique..... 236
132. — La jurisprudence entend établir un contrôle par les parties sur l'appréciation du juge..... 238
133. — Le caractère non contradictoire de l'expertise fait exception à la règle de contradiction. Le mouvement d'idées actuel en faveur de l'expertise contradictoire..... 239
134. — Remarque finale : Le contrôle de la Cour de cassation sanctionne toutes les précédentes garanties..... 240

SECTION II. — LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION SUR L'OBLIGATION DE MOTIVER LES DÉCISIONS JUDICIAIRES

135. — L'obligation de motiver les décisions judiciaires ne contredit pas les conséquences du principe de la preuve de conviction. En quoi consiste la motivation d'une décision..... 241
136. — Comment, en contrôlant l'obligation de motiver, la Cour de cassation parvient à contrôler les limites du pouvoir du juge relativement aux preuves : la vérification de l'existence de la preuve..... 243
137. — La garantie résultant du contrôle de la Cour de cassation fait pratiquement défaut en Cour d'assises. Garantie qu'offre

la participation des magistrats de la Cour d'assises à la décision sur le point de fait (loi du 25 novembre 1941).....	246
138. — Constatation terminale : la portée du principe de la preuve de conviction est pratiquement plus limitée vis-à-vis des juridictions correctionnelles et de simple police qu'à l'égard de la Cour d'assises.....	248

CONCLUSION.

139. — A la différence des exceptions apportées au principe de la preuve de conviction, les garanties légales ne dérogent pas aux conséquences naturelles de ce principe.....	248
---	-----

CHAPITRE V

Les exceptions au principe de la preuve de conviction.

140. — Généralités et division.....	250
-------------------------------------	-----

SECTION I. — LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES.

141. — En quoi les présomptions légales dérogent-elles au principe de la preuve par l'intime conviction? Exemples.....	252
142. — Dans quelle mesure la <i>politique</i> des présomptions légales est-elle critiquable en matière criminelle ?.....	253
143. — Dans quelle mesure le système des preuves morales peut-il tolérer les présomptions légales ? les présomptions nécessaires et rationnelles. Supériorité, sous ce rapport, du droit moderne sur les législations primitives et du moyen âge.....	254
144. — La présomption légale qu'offre l'existence de certains procès-verbaux, renvoi.....	256

SECTION II. — LA PREUVE PAR LES PROCÈS-VERBAUX.

145. — Principe de droit commun auquel est soumise la preuve par les procès-verbaux en général ; sa double conséquence...	256
146. — Double dérogation qu'apporte le législateur à ce principe : infractions ne pouvant être prouvées autrement que par un procès-verbal. Procès-verbaux possédant une force légale plus ou moins invincible : les <i>témoins privilégiés</i>	257
147. — Les deux catégories de procès-verbaux ayant force légale : procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux ; procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire, précisions sur la portée de la <i>preuve contraire</i>	258
148. — Portée réelle de la dérogation apportée par les procès-	

verbaux ayant force légale au principe de la preuve de conviction : réserves à l'effet légal de ces actes.....	260
149. — Dans quelle mesure se justifie le système des procès-verbaux ayant force légale. La tendance à réintégrer les procès-verbaux dans le système général des preuves de conviction	262

SECTION III. — LA PREUVE DE L'ADULTÈRE CONTRE LE PRÉVENU DE COMPLICITÉ.

150. — Les seules preuves admises contre le complice de la femme adultère : le flagrant délit et la preuve écrite, les preuves exclues.....	263
151. — Précisions sur la véritable portée de la dérogation qu'apporte la loi en cette matière au principe de la preuve de conviction : l'art. 338 alinéa 2 C. pén. pose une <i>règle de preuve légale</i> ; ce que signifie le <i>flagrant délit</i> au sens de l'art. 338 ; alinéa 2 du Code pénal ; interprétation large, en jurisprudence, de la <i>preuve écrite</i> au sens de l'art. 338 alinéa 2.....	265
152. — Critique de cette exception au principe de la preuve de conviction : situation bizarre à laquelle elle pourrait conduire.	269

SECTION IV. — APPLICATION DES PREUVES LÉGALES DU DROIT CIVIL DEVANT LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES.

153. — Les preuves légales du droit civil.....	270
154. — Deux principes qui assurent l'application des règles de preuve du droit civil devant les juridictions répressives. Conséquences de cette application.....	271
155. — Précisions sur la véritable portée de cette dérogation au principe de la preuve de conviction : aucune dérogation du point de vue purement criminel ; toutes les preuves légales du droit civil ne sont pas admises devant les juridictions répressives ; atténuation résultant de l'interprétation large, en jurisprudence, de l'idée du commencement de preuve par écrit.....	274
156. — Dans quelle mesure se justifie cette dérogation au principe de la preuve de conviction.....	278

CONCLUSION.

157. — Différence entre la Cour d'assises et les autres juridictions répressives quant à l'application des précédentes exceptions.	278
--	-----

CONCLUSION

Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle.

I. — Dans quelle mesure la preuve par l'intime conviction du juge est-elle critiquable ?	
158. — Opportunité, pour juger la preuve de conviction, de distinguer le <i>principe</i> sur lequel elle repose, et le <i>système</i> dans lequel elle se présente.....	284
159. — Le principe de la preuve par l'intime conviction ne saurait guère être sujet à critique. Attaques qu'on pourrait au contraire diriger contre les conditions dans lesquelles il joue : garanties qu'une bonne réglementation du <i>système</i> de la preuve de conviction devrait assurer au double point de vue des preuves et du juge.....	286
160. — Appréciation générale du système des preuves de conviction en droit français.....	289
II. — Dans quel sens devrait se concevoir une nouvelle théorie scientifique de la preuve en matière criminelle ?	
161. — Déséquilibre entre l'état actuel de la science criminelle et les conditions dans lesquelles fonctionne la preuve par l'intime conviction. Effet funeste de ce déséquilibre sur la certitude judiciaire.....	292
162. — Nécessité d'adapter le système des preuves de conviction aux nouvelles conditions de la justice pénale : une théorie scientifique de la preuve doit correspondre à la phase scientifique de la justice criminelle.....	296
163. — Ce que devrait signifier une <i>nouvelle théorie scientifique de la preuve</i> . Son principe de base : le recours à l'intime conviction du juge. Son but : <i>objectiver</i> le juge ; les moyens pour obtenir cette objectivité : la spécialisation de la magistrature répressive et la soumission du jury, quant à la preuve, à la direction des magistrats professionnels ; le <i>système</i> de l'échevinage introduit en France par la loi du 25 novembre 1941. Inconvénient d'une intervention du législateur.....	297
164. — Traits les plus caractéristiques de la nouvelle théorie : la preuve par la connaissance personnelle du juge comme <i>preuve de prédilection</i> ; l'entière liberté du juge de recourir à tous les procédés d'investigation. Une dernière précision sur le caractère <i>scientifique</i> de cette théorie.....	301
165. — Remarques finales, justification des précédents développements. — Notre but ; nos appréhensions ; nos espérances.	302
BIBLIOGRAPHIE	305
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.....	309

